Die rechtliche Stellung des Kommanditisten in der Kommanditgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Emil Nerz
Referendar aus München

Approbiert am 15. Oktober 1929.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1930

Referent:
Univ.-Professor Dr. Locher.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Literatur-Verzeichnis.

A. Materialien.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschriften. Aufgestellt im Reichsjustizamt. Amtliche Ausgabe. Berlin J. Guttentag 1896. (D. = Denkschrift).

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. Mit den Materialien und ausführlichen Registern. Berlin Karl Heymanns Verlag 1898. (D.z. F.G.G.)

B. Handbücher und Kommentare.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister. Berlin 1927.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1886 bis 1896.

Bose, Die Stellung des Kommanditisten zur Vertretung und Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft. Diss. Leipzig 1907.

Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.

Braude, Der Kommanditist im Dienste seiner Gesellschaft. Berlin 1913.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Curtius, Die Rechtsstellung der Komplementare und Kommanditisten gegenüber der Kommanditgesellschaft und deren Gläubigern. Diss. Berlin 1900.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Mannheim 2. Aufl. 1908 ff. (Dür.-Hach.)

Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. Jena 1880.

— Handbuch des gesamten Handelsrechts. Leipzig 1913 ff.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 1881—1885.

Frankenburger, Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich (mit Ausnahme des Seerechts) nebst dem Einführungsgesetze. Handausgabe mit Erläuterungen und Sachregister. 2. Aufl. München 1902.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts. 8. Aufl. Berlin 1909.

— Handelsgesetzbuch. Handausgabe. 12. Aufl. 1920.

Gierke von, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. Berlin 1921.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts). Berlin 1905.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1864.

Grosse, Die Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft. Diss. Leipzig 1907.

Hahn von, Commentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Braunschweig 1875 ff.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 5. Aufl., 1914/16.

Josef, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 und das preußische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899, mit Kommentar in Anmerkungen. 2. Aufl. Berlin 1906.

Keidel, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 mit bes. Berücksichtigung der bayer. Ausführungsbestimmungen. 2. Aufl. München 1907.

Kielhorn, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Diss. Göttingen 1902.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1901.

Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 (ohne Seerecht). 2. Auflage 1929. J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908 und 3. Aufl. Berlin 1921.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Kommentar zu den Nebengesetzen. Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl. 1901 und 13. Aufl. 1906. J. Guttentag, Berlin.

Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung. 3. Aufl. 1928. J. Bensheimer.

Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. Tübingen 1921/24. 1. Auflage.

Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft. Diss. Rostock 1902.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. Berlin 1913 bis 1928.

Rausnitz, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 und das preußische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899. Berlin 1900.

R.G.R.-Kommentar. Das bürgerliche Gesetzbuch mit bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. 6. Aufl., Berlin 1928.

Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881.

Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.

— Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts mit einem Anhange betreffend das Recht der Inhaberschuldverschreibungen. Berlin 1900.

Schneider von, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister. 3. Aufl. München 1908.

Sehling, Deutsches Handelsrecht. Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg 1924.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. Berlin 1926.

Staudinger von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl., München 1926 (Teil IV).

Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bearbeitet von Dr. Martin Jonas. 14. Auflage. Tübingen 1928/1929.

Sydow-Busch-Kranz, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 19. vermehrte Auflage. Berlin und Leipzig 1926.

Thöl, Das Handelsrecht. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Wendel, Die Rechtsstellung der Komplementare und Kommanditisten gegenüber der Kommanditgesellschaft und deren Gläubigern während Bestehens und im Konkurs der Gesellschaft. Bonn 1899.

Witte, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Diss. Berlin 1910.

C. Zeitschriften und Spruchsammlungen.

Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Herausgegeben zuerst von F. B. Busch, zuletzt von H. Busch. 38 Bände 1863—1888 Bd. 2 und 5.

Deutsche Juristenzeitung. (D.J.) Jahrg. 1899, 24.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 18.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 2, 13, 17, 31, 32, 45, 49, 51, 52, 63, 82, 92,

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts; 25 Bände Bd. 12, 15, 21, 24, 25.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. (L.Z.) 1918, 1292[5].

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (bis 1913). (Z.H.R.) 1907 S. 472 ff., 561 ff.; 1908 S. 535, 573; 1909 S. 140, 594 ff.

Juristische Wochenschrift. (J.W.) 1894 S. 19[46]; 1899 S. 232; 1921,1 S. 300 ff.; 1923,1 S. 214.

A.

Wesen, Zweck und Bedeutung der Kommanditgesellschaft innerhalb des Gesellschaftsrechts.

Die Kommanditgesellschaft stellt infolge ihrer rechtlichen Struktur ein Bindeglied zwischen den beiden Gegenpolen in der Gruppe der Handelsgesellschaften, der reinen Personalgesellschaft und der reinen Kapitalgesellschaft, dar und hat dort ihren berechtigten Wirkungskreis, „wo die gesellschaftliche Gestaltung zwischen einer oder mehreren Personen, die voll, und anderen, die beschränkt haften, wirtschaftlich gerechtfertigt ist.“ [1])

Während nämlich bei der offenen Handelsgesellschaft als reiner Personalgesellschaft neben dem Gesellschaftsvermögen sämtliche Gesellschafter auch mit ihrem gesamten Privatvermögen den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften (§ 105 Abs. 1 HGB.) und bei der reinen Kapitalgesellschaft der Aktiengesellschaft kein Gesellschafter eine persönliche Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten übernimmt (§ 178 HGB.), sondern nur mit einer Einlage am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt ist, nimmt die Kommanditgesellschaft eine vermittelnde Stellung insofern ein, als bei ihr zwei verschiedene Arten von Gesellschaftern nebeneinander bestehen. Das sind einmal die Komplementare, die den Gesellschaftsgläubigern wie offene Handelsgesellschafter mit ihrem gesamten Vermögen für Schulden der Gesellschaft haftbar sind, und außerdem die Kommanditisten, die zwar ebenfalls persönlich haften (wie heute allgemein anerkannt ist), aber nur mit dem Betrag einer von ihnen zu leistenden bestimmten Vermögenseinlage.

Bei der Kommanditgesellschaft besteht also die Möglichkeit, sich an einem auf der Grundlage der unbeschränkten Haftung eines oder mehrerer Gesellschafter aufgebauten Unternehmen mit Aussicht auf unbegrenzten Gewinn zu beteiligen, ohne gleichzeitig der Unannehmlichkeit ausgesetzt zu sein, das ganze Unternehmerrisiko auf sich nehmen zu müssen. Dies ist in wirtschaftlicher Beziehung von größter Bedeutung. Der ganze Betrieb ruht bei der Kommanditgesellschaft in den Händen von Gesellschaftern, die infolge ihrer persönlichen unbeschränkten Haftung für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten stets das

---

[1]) Staub § 161, Einleitung.

größte persönliche Interesse an dem Gedeihen des Unternehmens haben und daher eine gewisse Sicherheit bieten, daß sie bei der Verwaltung der Gesellschaft (Vertretung und Geschäftsführung stehen nach dem Gesetz grundsätzlich nur diesen Gesellschaftern zu §§ 170, 164 HGB.) richtig kaufmännisch schalten und walten werden.[2])

Es entsteht auf diese Weise auch eine gewisse persönliche Bindung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, die bei der reinen Kapitalgesellschaft vollkommen fehlt und damit unbestreitbar eine gewisse Quelle der Gefahrenerhöhung bildet.

Die Kommanditgesellschaft hat demnach gegenüber der offenen Handelsgesellschaft den Vorteil, daß sich an ihr auch Personen beteiligen können, die sich scheuen oder aus irgend welchen Gründen nicht in der Lage sind, ihre Persönlichkeit und ihr Vermögen so in den Dienst der Gesellschaft zu stellen, wie dies bei der offenen Handelsgesellschaft erforderlich wäre, dabei aber trotzdem unbegrenzte Gewinnaussichten haben, sie hat der Aktiengesellschaft gegenüber den Vorzug der persönlichen Bindung der Komplementare, die eine größere Sicherheit sowohl für Gläubiger als Kommanditisten gewährleistet. Die Kommanditgesellschaft hat weiterhin der stillen Gesellschaft voraus, „daß das Publikum die Größe des Einlagekapitals erfährt, folglich darnach den Kredit zu bemessen vermag, welchen es dem Unternehmen zuwenden will, und daß hierdurch folglich einerseits die Sicherheit des Publikums gefördert, andererseits die Kreditwürdigkeit des Unternehmens geklärt werden kann.“ [3]) Es dürfen aber natürlich, wie auch Gareis a. a. O. erwähnt, die Gefahren, die gerade die Form der Kommanditgesellschaft in sich birgt, nicht übersehen werden, wie sie namentlich in der Täuschungsmöglichkeit des Publikums durch nominale Einlagen und für das Innenleben der Gesellschaft beispielsweise auch in der Stellung des Kommanditisten, die nach Müller-Erzbach [4]) „von gefährlicher und hemmender Halbheit ist“, gegeben sind.

Wenn nun in nachstehender Arbeit versucht wird, die rechtliche Stellung des Kommanditisten in der Kommanditgesellschaft zusammenhängend darzustellen, so geschieht das aus einem bestimmten Gesichtspunkt heraus.

Nicht allzu viel Materien des Handelsrechts sind in der Literatur schon so viel besprochen und umstritten worden, wie gerade die Kommanditgesellschaft. Wenn auch heute bereits über eine größere Anzahl Fragen, die in früheren Jahren einen Brennpunkt juristischer Auseinandersetzungen bildeten, im Laufe der Zeit die Anschauungen sich geeinigt haben und diese Fragen daher heute als unbestritten gelten können, wobei hier nur an den Streit um die Rechtspersönlichkeit der Kommanditgesellschaft und die Frage nach der persönlichen Haftung des Kommanditisten erinnert werden soll, so gehen doch auch heute noch in vielen Punkten die Meinungen der Schriftsteller stark ausein-

[2]) s. auch Renaud S. 2.
[3]) Gareis S. 190, § 30 I. (Lehrbuch.)
[4]) S. 233.

ander. Im ganz besonderen Maße gilt dies für die Rechtsstellung des Kommanditisten. Berechtigt schon dieser Umstand, dem Kommanditisten ein besonderes Interesse zuzuwenden, so ist es aber doch in erster Linie seine eigentümliche Stellung innerhalb des Gesellschafterrechts, die eine wiederholte Auseinandersetzung über seine rechtliche Stellung rechtfertigt.

Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die wirtschaftliche Bedeutung der Kommanditgesellschaft in den letzten Jahren gleich sämtlichen übrigen Gesellschaftsformen gegenüber den Betrieben der Einzelkaufleute ziemlich stark zurückgegangen ist, wie sie vorher längere Zeit hindurch durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen deren leichterer Beweglichkeit und Haftungsbeschränkung bei allen Beteiligten stark herabgemindert war. Diese Erscheinungen vermochten auch nicht die verschiedenen Versuche zu beseitigen, die darauf abzielten, die rechtliche Konstruktion der Kommanditgesellschaft, soweit dies innerhalb des rechtlich Möglichen lag, der Kapitalgesellschaft möglichst anzugleichen, um gegenüber der G.m.b.H. wieder Konkurrenzfähigkeit zu erlangen. Die wirtschaftliche Bedeutung einer Handelsgesellschaft steht eben stets in innigem Zusammenhang mit den gesamten volkswirtschaftlichen Verhältnissen des Landes, da gerade das Gesellschaftsleben im höchsten Maße mit den Bedürfnissen des wirklichen Lebens verbunden ist, weshalb auch das Gesellschaftsrecht sich stets den wahren Verhältnissen anpassen muß.[5]) Darauf soll jedoch hier nicht weiter eingegangen werden.

B.

Der Kommanditist und der Kaufmannsbegriff nach dem Handelsgesetzbuch.

Kommanditist ist also nach dem Gesetz (§ 161 Abs. 1 HGB.) derjenige Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, bei dem die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Gegensatz zu dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter, dem Komplementar, auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist. Wesentlich an der Beteiligung des Kommanditisten ist also, daß er nach außen hin nicht mit seinem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufzukommen hat, sondern daß es sich bei ihm um eine bloße Kapitalbeteiligung handelt.

Bevor nun aber an die Behandlung der Frage nach der rechtlichen Stellung dieses Gesellschafters innerhalb der Kommanditgesellschaft und deren Gläubigern gegenüber herangetreten wird, soll zuerst die

[5]) s. hierüber, sowie über die Entwicklung des gesamten Gesellschaftsrechts in den ersten Jahren nach der Revolution die Ausführungen von Dr. Geiler in J.W. 1921 Bd. 50, 1 S. 300 ff. und weiterhin auch Staub § 161, Einleitung.

Frage beantwortet werden, in welchem Verhältnis er zu dem grundlegenden Begriff dieses Gesetzes, dem Kaufmannsbegriff, steht, ob er also selbst Kaufmann ist und wer überhaupt Kommanditist sein kann. Zu diesem Zwecke aber ist es nötig, etwas weiter auszuholen.

Die Definition des Kaufmannsbegriffs, wie er hier maßgebend ist, gibt § 1 Abs. 1 HGB. selbst. Darnach ist Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Erforderlich ist also nur das Betreiben eines Handelsgewerbes.

Der Begriff des Handelsgewerbes ist in Abs. 2 dieses § dahin gekennzeichnet, daß jeder Gewerbebetrieb, der eine der in diesem Absatz bezeichneten Arbeiten von Geschäften zum Gegenstand hat, als Handelsgewerbe gilt. Wie Staub in seiner Einleitung zu § 1 erwähnt, handelt es sich hiebei aber nicht um eine erschöpfende Behandlung des Begriffs. „Vielmehr wird hier nur eine Klasse der anerkannten Handelsgewerbe, die „kraft Gegenstands des Gewerbes", behandelt. Die andere Klasse wird im § 2 behandelt."

Was den Ausdruck „Gewerbe" betrifft, so ist das Gesetz eine Erklärung schuldig geblieben. Doch ist in Literatur und Rechtsprechung ganz allgemein anerkannt, daß Gewerbe jede menschliche Tätigkeit ist, die in der Absicht geschieht, daraus eine dauernde Einnahmequelle zu erzielen.[1]) Dabei ist allein ausschlaggebend für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit, daß der Wille einer Person nicht durch Gelegenheit zum vorteilhaften Abschluß einer oder auch mehrerer Handelsgeschäfte bestimmt erscheint und daß nicht die Absicht vorliegt, einzelne bestimmte Handelsgeschäfte abzuschließen, sondern der Wille muß von vornherein auf den Abschluß einer ganzen Reihe von ein zusammenhängendes Ganzes bildenden Handelsgeschäften gerichtet sein.[2]) Erforderlich zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist übrigens auch noch, daß die Tätigkeit mittels kaufmännischer, allenfalls technischer Kenntnisse und Fähigkeiten dem Zwecke der Gewinnerzielung nachstrebt. Die Tätigkeit darf also nicht die Ausübung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Berufs oder eines öffentlichen oder kirchlichen Amts zum Gegenstande haben. Sonstige Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit gibt es nicht. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der auf den Abschluß einer Reihe von Geschäften gerichtete Wille der Allgemeinheit gegenüber kundgegeben wird[3]); denn das einzige entscheidende Begriffsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit ist die bereits oben erwähnte Willensrichtung. Diese aber ist gewöhnlich erkennbar aus der Organisation des Betriebs durch Errichtung von Anstalten, welche zur Er-

---

[1]) Sehling S. 14.

[2]) Brand § 1 Anm. 4; Dür.-Hach. § 1 Anm. 5; Goldschmidt S. 326; Hahn I § 8 zu Art. 4; Sehling S. 14/15; Staub § 1 C. Anm. 6 ff.; R.G. in J.W. 94, S. 19.

[3]) Ritter, Die allg. Lehren des Handelsrechts, S. 12; Staub § 1 Anm. 12; anderer Meinung: Cosack S. 23; Dür.-Hach. § 1 Anm. 5; Hahn I S. 22, § 8 zu Art. 4; Müller-Erzbach I S. 67; R.G. in J.W. 94, S. 19 46, wo auch versch. Entsch. des vorm. Reichsoberhandelsgerichts in dieser Richtung angeführt sind.

möglichung und Erleichterung des Abschließens und der Ausführung der betreffenden Geschäfte dienen, Mieten von Geschäfts- oder Lagerräumen, Einstellung von Personal, namentlich aber auch aus ausdrücklichen Erklärungen, aus Annahme einer Firma und Anmeldung zum Handelsregister, Erlassung von Zirkularen und Anzeigen in öffentlichen Blättern, durch Annahme einer Fabrikmarke oder Warenbezeichnung.[4]) Dabei soll jedoch ausdrücklich noch einmal darauf hingewiesen werden, daß alles dies nicht Erfordernis für den Begriff der Erwerbsmäßigkeit ist, sondern nur eine gewöhnliche Begleiterscheinung darstellt.

Um nun beurteilen zu können, wer Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs ist, ist es noch nötig, das letzte Erfordernis der Kaufmannseigenschaft, das „Betreiben" eines Handelsgewerbes zu erläutern; denn Kaufmann im Sinne dieses Gesetzes ist ja nur derjenige, der das Handelsgewerbe „betreibt". Darüber aber, wer „betreibt" und welche Erfordernisse der Begriff des „Betreibens" verlangt, gehen die Ansichten in der Literatur stark auseinander. Darnach jedoch, wie sich die einzelnen Schriftsteller zu dem Begriff des Betreibens stellen, muß sich auch ihre Einstellung zu der Frage der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten richten, sodaß die Beantwortung dieser beiden Fragen zweckmäßig miteinander verbunden wird.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „ein Handelsgewerbe betreiben" so viel, wie dafür Sorge tragen, daß die innerhalb des betreffenden Gewerbes üblichen und erforderlichen Rechtshandlungen und Geschäfte vorgenommen werden, sodaß sie sich laufend abwickeln, und auf diese Weise eine dauernde Gewinnerzielung ermöglichen. Dabei denkt auch der allgemeine Sprachgebrauch nicht etwa an die Tätigkeit eines Prokuristen, Bevollmächtigten oder sonstigen Angestellten, selbst nicht an die eines leitenden Direktors eines Riesenbetriebs, sondern an das Betreiben als Geschäftsinhaber, als Prinzipal. Für das Betreiben im Rechtssinn ist es ja allgemein bekannt und anerkannt, daß die tatsächliche Verrichtung der Betriebshandlungen vollkommen gleichgültig ist.[5]) Wie Sohm a. a. O. ausführt, gibt das Gesetz ja selbst den richtigen Fingerzeig, wenn es das Betreiben mit der Prinzipalschaft, der Inhaberschaft über das Gewerbe gleichsetzt. Es sei hier besonders verwiesen auf die §§ 18, 48, 52, 53, 335, 340—342, wo der Gesetzgeber selbst vom „Inhaber des Handelsgeschäfts" oder „Geschäftsinhaber" an Stelle vom Kaufmann spricht. Auch die Firma, der Name des Kaufmanns, unter dem er im Handel „seine Geschäfte betreibt" (§ 17 Abs. 1 HGB.) erscheint als die Firma des „Geschäftsinhabers".

[4]) s. Goldschmidt S. 326 und Hahn a. a. O.

[5]) Sohm Z.H.R. 09, 594; vgl. Cosack S. 21; Ehrenberg II 1, S. 64, § 6; Goldschmidt S. 326; Makower S. 7, § 1 B IV d; Renaud S. 135; Sehling S. 23; Staub § 1 Anm. 16 β; Thöl I S. 140; v. Völderndorff in Endemann S. 138; Witte S. 12.

Wer aber betreibt das Handelsgewerbe so, daß man von ihm sagen kann, er ist Kaufmann, er ist der Inhaber? Dabei ist nun wohl zu unterscheiden zwischen dem Einzelkaufmann und dem Gesellschafter, der nur kraft gemeinschaftlichen Gewerbebetriebs zum Kaufmann werden kann.

Für den Einzelkaufmann ist diese Frage verhältnismäßig einfach zu entscheiden. Man kommt zu einer zufriedenstellenden Beantwortung, wenn man der allgemein in der Literatur herrschenden Ansicht folgt, die besagt, daß das Handelsgewerbe derjenige im Rechtssinn betreibt, „in dessen Namen" die Rechtshandlungen und Handelsgeschäfte vorgenommen werden, dessen Person also letzten Endes alle Rechtsfolgen aus dem Betriebe treffen.[6]) Unter „Name" ist hier natürlich nicht nur der bürgerliche Name des Betreibenden, sondern auch die Firma, die z. B. als abgeleitete gemäß § 22 HGB. ganz anders lauten kann, zu verstehen. Allgemein anerkannt ist, daß es vollständig gleichgültig ist, auf wessen Rechnung der Betrieb des Handelsgewerbes geht und wem die Betriebsmittel gehören, vorausgesetzt, daß der Namengeber nicht bloß vorgeschobener Strohmann ist[7]). Verschiedentlich gebrauchen Schriftsteller auch gleichzeitig mit dieser Begriffsbestimmung die Wendung „auf dessen Namen"[8]) oder „unter dessen Namen"[9]), wodurch deutlich zum Ausdruck kommt, daß damit das Nämliche gemeint ist, wie bei den Vorgenannten. Andere wieder halten nur die Definition für richtig, daß Kaufmann derjenige ist, „auf dessen Namen" die Geschäfte abgeschlossen werden.[10]) Dies alles soll jedoch hier nur im Zusammenhang mit der Erläuterung der Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten erwähnt werden; denn bei der hier zu beantwortenden Streitfrage kann es sich ja nie darum handeln, wer „Einzelkaufmann" ist, sondern wer überhaupt „Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs" ist. Der Kommanditist kann als Gesellschafter weder Einzelkaufmann noch Minderkaufmann sein (s. § 4 HGB.). Fraglich ist nur, ob seine Stellung innerhalb der Gesellschaft dazu berechtigt, ihn als „Kaufmann" im Sinne des Handelsgesetzbuchs anzusprechen. Darauf also muß sich die Frage hier zuspitzen.

Um aber in dieser Frage zu einem rechtlich einwandfreien und gleichzeitig der wirtschaftlichen Stellung des Kommanditisten gerechtwerdenden Ergebnis zu kommen, darf natürlich nicht versucht werden, auch den Kommanditisten nach den Grundsätzen über den Einzelkaufmann zu beurteilen. Nur auf Grund einer derartigen Definition kommen die meisten Anhänger der Kaufmannseigenschaft des Kom-

[6]) Brand § 1 Anm. 6 c; Curtius S. 32; Ehrenberg II 1 S. 65 ff., § 6; Kielhorn S. 7; Müller-Erzbach I S. 67; Ritter Allg. Lehren d. Handelsrechts, S. 10; Staub § 1 Anm. 15 ff.; Thöl I S. 140; Ullmann Z.H.R. 07, S. 561 ff.; Witte S. 12/13, R.G. 13, 146.

[7]) Ehrenberg II 1 S. 66 § 6.

[8]) z. B. Cosack S. 20/21; Endemann (v. Völderndorff) S. 138.

[9]) z. B. Renaud S. 134 ff.; Ullmann Z.H.R. 07, S. 472 ff.

[10]) z. B. Goldschmidt S. 326; Sehling S. 22/23.

manditisten zu ihrem Ergebnis und zwar auf diesem Wege selbstverständlich mit zwingender Notwendigkeit; denn das Handelsgewerbe wird unter gemeinschaftlicher Firma, also auch im Namen des Kommanditisten betrieben, folglich ist der Kommanditist wie der Komplementar Kaufmann.

So sagt Cosack in seinem Lehrbuch S. 701, daß auch die Kommanditisten für ihre Person als Kaufleute anzusehen seien; „denn der Geschäftsbetrieb findet ja auch in ihrem Namen statt."[11] Aehnlich schließen Sehling S. 148 und Müller-Erzbach S. 234 auf die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Beide Schriftsteller weisen darauf hin, daß sowohl die offene Handelsgesellschaft, wie die Kommanditgesellschaft denselben rechtlichen Charakter besitzen, woraus sich auch die sekundäre Anwendbarkeit der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft ergebe. Beide Gesellschaften seien eine Vereinigung zur gesamten Hand, Gesamthänder aber sowohl die Komplementare als auch die Kommanditisten. Die Kommanditisten seien daher auch Mitinhaber des Gewerbes und daher ebenfalls Kaufleute. Das zeige sich besonders in der rechtlich völlig gleichen Haftung der Gesellschafter.[12]) Außerdem werde das Handelsgewerbe auch in ihrer aller Namen betrieben; „denn die Firma, die den Namen eines persönlich haftenden Gesellschafters enthalten soll, muß zugleich ersehen lassen, daß eine Gesellschaft vorliegt (§ 19 Abs. 2 und 4 HGB.)." [13]) Wenn auch der Name des Kommanditisten nicht in die Firma aufgenommen werden dürfe, um keinen falschen Anschein aufkommen zu lassen, so sei diese trotzdem der gemeinschaftliche Name für alle Gesellschafter. Auch der Umstand ändere nichts daran, daß der Kommanditist nur beschränkt hafte und nur einen begrenzten Teil des Unternehmerrisikos trage.

Staub hingegen (§ 1 Anm. 18) stützt gerade seine Ansicht, daß der Kommanditist nicht Kaufmann sei, darauf, daß dieser nicht seine ganze Rechtspersönlichkeit einsetze, was nach allgemeiner Anschauung vom Kaufmann verlangt werde. Der Kommanditist beteilige sich nur mit einem bestimmten Kapital an einer Handelsgesellschaft, nicht aber sei er Unternehmer.

Auf derselben rechtlichen Grundlage wie Sehling und Müller-Erzbach steht auch Gierke. Dieser hält alle die Einwände, die gewöhnlich gegenüber der Annahme der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten gebracht werden, auf Grund der gesetzlichen Regelung für unhaltbar.[14]) Es sei nur von großer Wichtigkeit dabei zu beachten, daß wegen der eigentümlichen Stellung des Kommanditisten die meisten Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Kaufleute bei einer verständigen Auslegung für den Kommanditisten nicht gelten könnten.[15]) Und so kommt Gierke zu dem Ergebnis, daß der Kommanditist „ein

[11]) s. auch Curtius S. 32; Pfennig S. 31.
[12]) Sehling a. a. O.
[13]) Müller-Erzbach a. a. O.
[14]) s. Gierke S. 150/151.
[15]) Ebenso Sehling S. 148.

sehr bleichsüchtiger Kaufmann" sei. Aus ungefähr den gleichen Erwägungen heraus schließen auch Lehmann in seinem Lehrbuch S. 66/67, 282, Lehmann-Ring S. 7 § 1 Nr. 13 und Ritter S. 3, 208 auf die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten.

Doch nun zu den Gegnern der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten! Wie schon weiter oben erwähnt, ist Staub Anhänger dieser Richtung und begründet seine Anschauung mit der beschränkten Haftung des Kommanditisten, die der allgemeinen Vorstellung vom Kaufmann widerspreche. Dieser Ansicht hat sich auch das OLG. Dresden in einer Entscheidung vom 7. Juni 1918 angeschlossen, wo es sich ausdrücklich auf Staub beruft.[16]) Ebenso fordert Renaud S. 134 ff. vom „Kaufmann", daß er nicht nur beschränkt hafte, und spricht deshalb dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft ab. Wohl aber ist der Kommanditist nach Renaud Miteigentümer des Geschäfts.[17]) Behrend geht in seinem Lehrbuch S. 610, 623 von dem Standpunkt aus, daß Prinzipal und folglich auch Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs sowohl bei der Kommanditgesellschaft wie bei der stillen Gesellschaft (hier ist es ja unbestritten) nur der Komplementar und nicht der Kapitalseinleger sei. Ausführlich sagt von Völderndorff in Endemanns Handbuch S. 138, Kaufmann sei nur derjenige, auf dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden und der als „Herr des Geschäfts" sich darstelle. Bei der Kommanditgesellschaft erscheine nur der Komplementar als „Betreibender", sodaß der Kommanditist auch nicht Kaufmann sei. Aehnlich Goldschmidt S. 326 und Jacusiel,[18]) der feststellt, daß der Kommanditist kein „Betreibender" des Handelsgewerbes „im vollen Sinne" sei. Kielhorn geht bei Behandlung dieser Frage von § 41 HGB. aus. Durch argumentum e contrario könne man aus § 41 Abs. 1 Satz 2 HGB. schließen, daß die Kommanditisten kein Mitwirkungsrecht bei Unterzeichnung der Bilanz haben. § 41 könne nur dahin ausgelegt werden, daß in Satz 1 das allgemeine Prinzip festgestellt werden solle, während in Satz 2 die für den Einzelfall sich daraus ergebenden Folgerungen gezogen werden sollen. Da die unbeschränkt haftenden Gesellschafter Kaufleute seien, so hätten sie alle zu unterzeichnen. Weil die Kommanditisten aber nicht zu unterzeichnen hätten, seien sie auch nicht Kaufleute.[19]) Hervorzuheben ist noch eine weitere Begründung seiner Ansicht, wo er sagt, daß der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten besonders der Umstand entgegenstehe, daß man allgemein zulasse, den Kommanditisten zum Prokuristen der Gesellschaft zu bestellen; „denn Prokurist kann nur sein eine vom Inhaber des Gewerbebetriebes verschiedene Person".[20]) Lasse man also zu, daß der Kommanditist zum Prokuristen bestellt werde, so gebe man dadurch auch gleichzeitig zu, daß er nicht Mitinhaber des Geschäfts,

[16]) L.Z. 1918, 1292 [5].
[17]) s. Seite 117.
[18]) Z.H.R. 08, 573.
[19]) s. Seite 24.
[20]) s. dazu auch Staub § 48 Anm. 3.

also auch nicht Kaufmann sei.[21]) Witte[22]) wendet sich hauptsächlich dagegen, daß aus § 161 Abs. 1, wonach das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben werde, geschlossen werde, daß der Kommanditist die Kaufmannseigenschaft besitze, was dem Gesetze widerspreche, und schließt sich in seinen sonstigen Ausführungen Goldschmidt an. Weil sich der zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit erforderliche Wille nach außen dem Publikum gegenüber nicht zeige, ist der Kommanditist nach Dür.-Hach. § 1 Anm. 5 kein Kaufmann; „denn er tritt nicht nach außen als Geschäftsmann auf. Sein Name darf nicht in die Firma aufgenommen werden; in das Handelsregister wird er zwar eingetragen, aber die Veröffentlichung unterbleibt.“ Als weitere Anhänger der in diesem Abschnitt vertretenen Ansicht sollen gleich hier noch Brand § 1 Anm. 6c, Frankenburger S. 198, Goldmann S. 701 und Thöl I S. 141 genannt werden.

Eingehender betrachtet werden sollen die folgenden Schriftsteller, die sämtlich auch die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten verwerfen, aber bei Behandlung der Frage teilweise eigene, von der allgemeinen Behandlung mehr oder weniger abweichende Wege gehen. Es handelt sich dabei um Ullmann, der sich über diese Frage innerhalb eines Aufsatzes in der ZHR. geäußert hat, weiterhin um Viktor Ehrenberg in Ehrenbergs Handbuch, sowie um Sohm, der ebenfalls wie Ullmann in der ZHR. eingehend zu der Frage Stellung genommen hat. Gleichzeitig mit dieser Erörterung verbunden und entwickelt werden soll die hier vertretene Ansicht, da sie sich großenteils mit der von Sohm deckt.

Prüft man zunächst die Ausführungen Ullmanns[23]), so sieht man, daß bei ihm die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten zusammen mit einer anderen Frage behandelt wird, nämlich der, ob die Ehefrau als Kommanditistin selbständig im Sinne des § 1367 BGB. ein Erwerbsgeschäft betreibe. Dabei geht er zuerst auf die verschiedenen Begründungen, die von anderen Schriftstellern vorgebracht werden, ein und betont dabei besonders gegen Kielhorn und Staub, daß er dem Umstand der beschränkten Haftung keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen könne, da auch der Kommanditist ebenso wie der Komplementar persönlich hafte, wenn auch nur bis zu einem bestimmten Betrage. Auch gegen die Ausführungen von Düringer und Hachenburg wendet sich Ullmann, um dann erst zu der eigentlichen Prüfung der Frage überzugehen, wobei er sich fragt, ob der Umstand, auf welchen die Befürworter der Kaufmannseigenschaft entscheidendes Gewicht legen, daß nämlich die Firma auch der Handelsname des Kommanditisten sei, in der Tat von ausschlaggebender Bedeutung sei, was er verneint. Ullmann geht bei seinen Erwägungen davon aus, daß man bei der Analysierung von Rechtsgebilden entscheidendes Gewicht nur auf diejenige Konstruktion legen dürfe,

---

[21]) Seite 37.
[22]) Seite 50.
[23]) Z.H.R. 07, 472 ff. und 561 ff.

welche das Gesetz als den Regelfall unterstellt. Darnach allein sei die rechtliche Natur der einzelnen Rechtsgebilde zu beurteilen. Nach dem Gesetz aber sei der Kommanditist regelmäßig zur Geschäftsführung weder berechtigt noch verpflichtet, obwohl jedoch diese Vorschrift dispositiver Natur sei und infolgedessen durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden könne. Anders aber sei es mit den Vorschriften, die sich auf das Recht der Vertretung der Gesellschaft Dritten gegenüber beziehen. Diese seien zwingend und nicht abänderbar durch den Gesellschaftsvertrag. Der Kommanditist habe also keinerlei Möglichkeit, in seiner Eigenschaft als Gesellschafter irgendwie in die Geschicke der Gesellschaft einzugreifen und könne nicht einmal seine eigene Vermögenssphäre, soweit er am Gesellschaftsvermögen beteiligt sei, in irgendeiner Weise beeinflussen. Für den Kommanditisten arbeite also sowohl nach innen wie nach außen sein Kapital. Wie Sohm (s. weiter unten) steht auch Ullmann auf dem Standpunkt, daß nur das Rechtsverhältnis nach außen das Entscheidende sei, der Kommanditist sei aber nie nach außen Unternehmer, also auch nicht Kaufmann, und zwar selbst dann nicht, wenn er infolge eines Vollmachtsverhältnisses für die Gesellschaft nach außen aufzutreten berechtigt sei.

Aus anderen Erwägungen heraus kommt Sohm[24]) zu dem gleichen Ergebnis. Er beschäftigt sich bei seiner Abhandlung hauptsächlich mit einer Schrift von Max Pappenheim, der, ein Anhänger der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, die Behauptung aufstellt, daß nach unserer positiven Gesetzgebung die Stellung des Kommanditisten als Mitprinzipal und sonach als Kaufmann unverrückbar gegeben sei.

Auch Sohm geht bei Entwicklung seiner Ansichten von dem Begriff des Kaufmanns aus, wie er sich aus § 1 HGB. ergibt, und weist dabei, wie schon weiter oben erwähnt, an Hand des Gesetzes nach, daß Kaufmann gleichbedeutend ist mit Prinzipal, Inhaber, Herr des Handelsgeschäfts. Herr des Unternehmens aber ist, wie ebenfalls schon oben dargelegt, derjenige, der das Handelsgewerbe betreibt. Hier weicht nun Sohm von der allgemeinen Definition ab, indem er über das „Betreiben" ausführt: „Es betreibt das Gewerbe, wer das Gewerbe im eigenen Namen leitet, d. h. derjenige, bei dem die Entscheidung über die Vornahme der Betriebshandlungen steht, und zwar kraft eigener Persönlichkeit", wobei nach Sohm für die Kaufmannseigenschaft lediglich das eigene Leitungsrecht im Außenverhältnis entscheidend ist. Hier ruht auch das Schwergewicht seiner Ausführungen. Zu beachten ist aber, daß Sohm diese Definition sowohl auf den Einzelkaufmann wie auf den Gesellschafter, der höchstens kraft gemeinschaftlichen Gewerbebetriebes Kaufmann ist, angewendet wissen will. Aus diesem Grund führt Ehrenberg in seinem Handbuch[25]) nicht zu Unrecht aus, daß es beim Einzelkaufmann kein selbständiges Privatrecht dieses Inhalts gibt; „denn die Befugnis zur Leitung

[24]) Z.H.R. 09, 594 ff
[25]) S. 66.

eines Gewerbes ist nur ein Ausfluß seiner Eigenschaft als „Inhaber“, seiner Herrschaft über das Gewerbe“. „Nur, wo noch andere Personen vorhanden sind, welche als Beteiligte (Mitinhaber, Mitherren) ebenfalls als zur Leitung des Gewerbes befugt erscheinen, aber kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages oder Richterspruchs“ davon ausgeschlossen sind, decken sich „Leitungsrecht“ und Inhaberschaft nicht notwendig. Auffällig ist, daß die meisten Anhänger der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten bei ihren Darlegungen außer Erwägung lassen, daß der Kommanditist nie Einzelkaufmann, sondern Gesellschafter ist und infolgedessen höchstens Mitinhaber, Mitprinzipal sein kann. Aus diesem Grunde muß es auch regelmäßig zu einem unrichtigen Ergebnis führen, wenn versucht wird, den Kommanditisten unter die Formel, die für den Einzelkaufmann aufgestellt ist, einzureihen. Geben doch auch verschiedene Schriftsteller, die auf diesem Wege zu der Ueberzeugung von der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten gekommen sind, selbst zu, daß dieses Ergebnis nichts weniger als erfreulich ist. Gerade dieser Umstand aber müßte denen, die so argumentieren, zeigen, daß sie auf falscher Fährte sind und so veranlassen, darnach zu suchen, wo der Fehler für diese nicht befriedigende Schlußfolgerung zu finden ist. Dieser Punkt soll jedoch hier nur andeutungsweise berührt werden, da es bei der hier gestellten Aufgabe nicht von wesentlicher Bedeutung sein kann, auf die verschiedenen Definitionen über die Eigenschaft des Einzelkaufmanns näher einzugehen, sondern hier einzig und allein die Kaufmannseigenschaft auf Grund gemeinsamen Gewerbebetriebs in Betracht kommt. Und für diese hat Sohm gezeigt, worauf es ankommt.

Was den Gesellschafter als Kaufmann, als Mitprinzipal kennzeichnet, ist die Art des „Betreibens“ des Handelsgewerbes. Hier zeigt sich auch, daß die für den Einzelkaufmann in der Wissenschaft herausgebildete Formel, daß das Handelsgewerbe der betreibt, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, für den Gesellschafter keine Geltung haben kann; denn sonst müßte man unbedingt, wie die Anhänger der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, folgern, daß bei der Kommanditgesellschaft das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma, also auch im Namen des Kommanditisten, betrieben werde, und mit logischer Notwendigkeit dann zu dem Schluß gelangen, daß eben dann der Kommanditist auch Kaufmann ist. Anders jedoch, wenn man sich den Ausführungen Sohms anschließt.

Nach Sohm betreibt derjenige das Gewerbe, der es im eigenen Namen leitet, und zwar kraft eigener Persönlichkeit. Daß es für das „Betreiben“ des Handelsgewerbes auch als Gesellschaft gleichgültig ist, von wem die Leitung tatsächlich ausgeübt wird, ist bekannt. Der Leitungsberechtigte kann sich daher auch ohne weiteres vertreten lassen, ja selbst dann ist es noch sein Leitungsrecht, wenn er es auf Grund gesetzlicher Vorschrift nicht selbst ausüben kann, wie z. B. der Minderjährige; denn sowohl der gesetzliche wie der gewillkürte Vertreter üben die Leitung des Gewerbes nur als ein fremdes Recht auf Grund eines obligatorischen Innenverhältnisses aus. Deshalb ist

auch stets nur der Vertretene, nicht aber der Vertreter Kaufmann. Aus diesem Grund betont auch Sohm mit vollem Recht das Leitungsrecht „kraft eigener Persönlichkeit“, wodurch jeder Vertreter ausgeschlossen wird.[26]) Nur wer auf Grund seiner Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft das Leitungsrecht hat, ist Kaufmann. Dabei kommt es für die Kaufmannseigenschaft lediglich auf das eigene Leitungsrecht im Außenverhältnis an. „Auch der aus eigener Persönlichkeit Leitungsberechtigte kann zugleich Führer fremder Geschäfte sein, nämlich dann, wenn er das Gewerbe auf fremde Rechnung betreibt, sei es ganz, sei es zum Teile. Auch dann besteht für den Leitenden ein Geschäftsführungsverhältnis (z. B. Auftrag oder Gesellschaftsverhältnis) ein Innenverhältnis zu dem Interessenten, welches ihn in der Leitung seiner Geschäfte obligatorisch bindet, verpflichtet“.[27]) Dieses bloß verpflichtende Innenverhältnis ist geregelt in den Vorschriften von der Geschäftsführung, die deshalb ebenfalls obligatorischer, nicht zwingender Natur sind und durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden können. Hat doch die Geschäftsführung nur innenrechtliche Bedeutung, also nur innerhalb der Gesellschaft, unter den Gesellschaftern.

Anders aber ist es bei dem Außenverhältnis, das seine gesetzliche Regelung in den Rechtssätzen von der Vertretung findet. Diese Vorschriften betreffen die Prinzipalschaft, die Inhaberschaft des Gewerbes, also das personenrechtliche Verhältnis, weshalb sie auch zwingend sind, wie grundsätzlich alles Personenrecht zwingender Natur ist. Dieses Leitungsrecht im Außenverhältnis steht dem Gesellschafter kraft seiner Mitgliedschaft, seiner Eigenschaft als Gesellschafter, zu. Für dieses Leitungsrecht sind auch die innenrechtlichen Geschäftsführungspflichten überhaupt nicht da. Es können deshalb diese Verpflichtungen im Innenverhältnis auch keine Bedeutung für die Beurteilung der Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten haben.

Da nun festgestellt ist, welche Voraussetzungen vorhanden sein müssen, damit ein Mitglied einer ein Handelsgewerbe betreibenden Gesellschaft „Kaufmann“ im Sinne des HGB ist, gilt es jetzt zu prüfen, ob bei dem Kommanditisten diese Voraussetzungen auf Grund der für ihn geltenden gesetzlichen Bestimmungen gegeben sind und ob der Kommanditist also als Gesellschafter das Handelsgewerbe mitbetreibt und infolgedessen als Mitprinzipal anzusehen ist.

Wie oben dargelegt, kommt es dabei nur darauf an, ob dem Kommanditisten kraft seiner Mitgliedschaft ein Leitungsrecht im Außenverhältnis zusteht. Dies ist aber nicht der Fall; denn § 170 HGB. bestimmt klar und deutlich: „Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.“ Diese Bestimmung ist, wie mit ganz wenigen Ausnahmen[28]) allgemein in der Literatur anerkannt ist, zwingendes Recht und kann deshalb nicht durch Gesellschafts-

[26]) s. auch Ehrenberg Handbuch S. 66.
[27]) Sohm a. a. O.
[28]) z. B. Braude S. 49.

vertrag abgeändert werden. Soll der Kommanditist Vertretungsberechtigung erhalten, so besteht nur die Möglichkeit, ihn auf Grund eines Vollmachtsverhältnisses zum Bevollmächtigten oder Prokuristen zu bestellen, wobei er dann als Gesellschafter fremde Rechte, nämlich die der leitungsberechtigten Komplementare, ausübt. Der Kommanditist hat also kein eigenes Herrschaftsrecht über das Handelsgewerbe und ist infolgedessen auch nicht „Betreibender" und Kaufmann. Dies bestimmt zwingend § 170 HGB.

Mit der Verneinung der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten aber ist auch entschieden, wer Kommanditist sein kann. Um Kommanditist zu sein, braucht man folglich nicht die Fähigkeit besitzen, ein Handelsgewerbe zu betreiben, oder gar die Fähigkeit, unter fremdem Namen ein Handelsgewerbe zu betreiben.[29]) Es kann daher sowohl jede natürlich wie auch jede juristische Person Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft werden, ebenso aber auch eine offene Handelsgesellschaft und eine einfache Kommanditgesellschaft. Nicht möglich ist dagegen die Beteiligung einer Erbengemeinschaft als Kommanditistin. „Stirbt ein Kommanditist, so werden seine Erben einzeln Kommanditisten".[30])

Hinsichtlich der geschäftsunfähigen oder nur beschränkt geschäftsfähigen Personen, wie Minderjährige und Entmündigte, ist zu bemerken, daß für ihre Beteiligung als Kommanditisten nicht die Genehmigungsvorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB. in Betracht kommt, da es sich hier nicht um einen Vertrag handelt, „der zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird". Der Kommanditist betreibt nicht selbst ein Erwerbsgeschäft, sondern gibt nur ein gewisses Kapital an eine Handelsgesellschaft hin, sodaß es sich für ihn um eine bloße Vermögensanlage handelt, die unter die allgemeinen Kontrollvorschriften fällt. Eine besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts aber ist dazu nicht erforderlich.[31])

Zu erwähnen ist weiterhin noch die Stellung der Ehefrau als Kommanditistin. Gemäß § 1367 BGB. ist Vorbehaltsgut, was die Ehefrau „durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt". Da der Kommanditist nach der hier vertretenen Ansicht nicht Kaufmann, sondern nur mit einem gewissen Kapitalbetrag an der Gesellschaft beteiligt ist, betreibt er auch kein Erwerbsgeschäft, weshalb auch der Erwerb einer Ehefrau aus ihrer Beteiligung als Kommanditistin nicht in das Vorbehaltsgut[32]) fällt.

---

[29]) Staub § 161 Anm. 6.

[30]) Staub § 161 Anm. 6; s. auch Brand § 161 Anm. 3 b; Müller-Erzbach S. 242, sowie die dort angeführten Entscheidungen.

[31]) Achilles-Greiff Anm. 12 zu § 1822 Nr. 3 BGB.; Dür.-Hach. Bd. I, S. 14, 90; Planck 3. Aufl. Anm. II, 3 b zu § 1822 BGB.; RGR.Komm. zu § 1822 Nr. 3 BGB.; Staub § 161 Anm. 6; Staudinger Anm. 2 g β zu § 1822 Nr. 3 BGB.; anderer Meinung: Brand Anm. 3 b zu § 161; Goldmann S. 701; Lehmann-Ring 2. Aufl. Anm. 3 a zu § 161; Ritter Anm. 2 zu § 161.

[32]) s. Staub allgemeine Einleitung Anm. 49; Ullmann Z.H.R. 07, 472 ff., 561 ff.

C.

Die rechtliche Stellung des Kommanditisten innerhalb der Kommanditgesellschaft.

I. Der Kommanditist bei Entstehung der Gesellschaft und seinem Eintritt in eine bereits bestehende Handelsgesellschaft.

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt das Wesen des Kommanditisten und seine Stellung zu den dem Handelsgesetzbuch zugrunde liegenden Kaufmannsbegriff dargestellt wurde, soll mit diesem Kapitel begonnen werden, die rechtliche Stellung des Kommanditisten auf Grund der für die Kommanditgesellschaft geltenden besonderen gesetzlichen Vorschriften zu schildern. Es handelt sich dabei um die Bestimmungen des zweiten Abschnitts des zweiten Buchs des Handelsgesetzbuchs. So weit in diesem Abschnitt etwas Besonderes nicht vorgeschrieben ist, „finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.“ [1])

Eine Kommanditgesellschaft entsteht dadurch, daß zwei oder mehr Personen einen Vertrag zu dem gemeinsamen Zweck abschließen, ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma zu betreiben, wobei wenigstens ein Gesellschafter sich verpflichtet, unbeschränkt für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen, während wenigstens bei einem anderen Gesellschafter diese Haftung auf eine bestimmte Vermögenslage beschränkt ist. Gleichgültig ist dabei, ob das Handelsgewerbe erst neu begonnen werden soll, oder ob eine Person sich mit einer bestimmten Vermögenseinlage an dem bestehenden Handelsgewerbe eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft beteiligen will, oder ob sie in eine bereits bestehende Kommanditgesellschaft als Kommanditist eintritt. Wesentlich ist nur der Wille, der darauf gerichtet sein muß, daß die Einlage des Kommanditisten nicht in das alleinige Eigentum des unbeschränkt haftenden Gesellschafters, des Komplementars, übergeht, sondern ein Gesellschaftsvermögen entsteht, das dann sämtlichen Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht. Dieser Wille kann positiv oder negativ erklärt sein, zum mindesten aber muß er aus dem gesamten Inhalt des Gesellschaftsvertrags zu entnehmen sein, da sonst ungewiß sein kann, ob eine Kommanditgesellschaft oder eine stille Gesellschaft errichtet werden sollte.[2]) Der auf die Errichtung einer Kommanditgesellschaft gerichtete Vertrag bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form, da das HGB. eine besondere Formvorschrift nicht aufgestellt hat.[3]) Er kann deshalb schriftlich, mündlich oder sogar stillschweigend durch konkludente Handlungen abgeschlossen werden. Der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen aber z. B. Gesellschaftsverträge, bei denen ein Gesellschafter ein Grund-

[1]) § 161 Abs. 2 HGB.
[2]) s. Thöl S. 342 ff.
[3]) Brand § 161 Anm. 3a; Staub § 161 Anm. 14.

stück in die Gesellschaft einbringt; „denn darin liegt die Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen.“ (§ 313 BGB.)[4])

Sind in einer Kommanditgesellschaft mehrere beschränkt haftende Gesellschafter vorhanden, so kann der zwischen der Gesellschaft und jedem einzelnen dieser Kommanditisten abgeschlossene Gesellschaftsvertrag selbstverständlich verschieden lauten und andere Bestimmungen enthalten. Diese mehreren Kommanditisten stehen untereinander in keiner zwangsläufigen Verbindung. Es kann jedoch im Gesellschaftsvertrage beispielsweise bestimmt werden, daß die sämtlichen Kommanditisten einen Verband bilden und nur geschlossen der Gesellschaft gegenüber ihre Rechte ausüben dürfen.[5]) Eine derartige Bestimmung ist vollkommen unbedenklich, da ja bekanntlich nur die außenrechtlichen Beziehungen der Kommanditgesellschaft durch zwingende Rechtsnormen festgelegt sind.

Von welchem Zeitpunkt an nun jemand, der sich mit einer Vermögenseinlage an einer Handelsgesellschaft beteiligen, für die Gesellschaftsschulden aber nur beschränkt haften will, als Kommanditist anzusprechen ist, ist nicht einheitlich festzustellen.

Handelt es sich um die Neuerrichtung einer Kommanditgesellschaft, so fällt dieser Zeitpunkt auf jeden Fall mit der Entstehung der Kommanditgesellschaft zusammen. Dabei soll bemerkt werden, daß der Augenblick der Entstehung und der Rechtswirksamkeit der Gesellschaft nicht unbedingt zusammentreffen muß. Ist der Zweck der Kommanditgesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes nach § 1 HGB. gerichtet, so beginnt das Kommanditistenverhältnis gleichzeitig mit Abschluß des Gesellschaftsvertrags. Die Entstehung einer derartigen Kommanditgesellschaft ist nämlich nicht abhängig von ihrer Anmeldung oder Eintragung im Handelsregister, wie auch nicht von ihrer Veröffentlichung, sondern ist schon mit Vertragsabschluß erfolgt. Ebenso verhält es sich, wie gleich hier bemerkt werden soll, wenn jemand als Kommanditist in eine bereits bestehende derartige Gesellschaft oder auch in eine offene Handelsgesellschaft eintritt, die ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB. betreibt. Eine Sonderstellung dagegen nehmen die Handelsgesellschaften nach § 2 HGB. ein. Möglich sind diese auch bei einer Kommanditgesellschaft. Wenn ein gewerbliches Unternehmen betrieben werden soll, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert[6]) und die Gesellschafter teils unbeschränkt, teils beschränkt den Gläubigern der Gesellschaft haften sollen, so können auch sie eine Kommanditgesellschaft bilden, sobald sie in das Handelsregister mit ihrer Firma eingetragen sind. Jedoch ist diese Eintragung anders wie bei den Gesellschaften, die ein Handelsgewerbe gemäß § 1 HGB. betreiben, hier Voraussetzung der Entstehung einer Kommanditgesellschaft. Die Kommanditisteneigenschaft beginnt also hier auch erst mit der Eintragung des Kommanditisten in das Handelsregister.

---

[4]) s. dazu Staub § 105 Anm. 41, § 350 Anm. 25.
[5]) Staub § 161 Anm. 16.
[6]) § 2 HGB.

Dabei ist aber wohl zu unterscheiden, wie hier ausdrücklich nochmals betont werden soll, zwischen der Entstehung der Gesellschaft und dem Beginn ihrer Rechtswirksamkeit Dritten gegenüber. Bei beiden Gesellschaften, sowohl bei der nach § 1 HGB. als auch bei der nach § 2 HGB. ist regelmäßig Voraussetzung für die beschränkte Haftung des Kommanditisten die Eintragung der Gesellschaft bezw. des Kommanditisten in das Handelsregister, doch genügt bei der Gesellschaft nach § 1 HGB. der Beginn der Geschäfte. Die Rechtswirkungen, die für den Kommanditisten entstehen, wenn vor Eintragung der Gesellschaft oder seines Eintritts in eine schon bestehende Gesellschaft Rechtsgeschäfte namens der Gesellschaft vorgenommen werden, werden zum Teil später erörtert, zum Teil findet ihre Schilderung im Rahmen dieser Arbeit keinen Platz; nämlich sobald es sich um das Mitglied einer Kommanditgesellschaft gemäß § 2 HGB. handelt, da diese ja erst mit ihrer Eintragung entsteht, wie schon oben erwähnt wurde.

Bezüglich des Beitritt eines neuen Kommanditisten in eine bereits bestehende Kommanditgesellschaft soll hier noch ergänzend erwähnt werden, daß dieser nur durch Vereinbarung unter sämtlichen Beteiligten erfolgen kann. Das Reichsgericht führt dazu in einer Entscheidung [7]) aus, daß sich die Kommanditgesellschaft insoweit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anschließe, als sie einen Gesellschaftsvertrag unter bestimmten Gesellschaftern erfordere. Aus diesem Grunde müsse auch der Beitritt eines neuen Gesellschafters unter sämtlichen Beteiligten vereinbart werden. „Die Zuziehung eines neuen Gesellschafters ist nicht denkbar, ohne daß die Gesellschaft in ihren inneren Beziehungen, hinsichtlich des Anteils der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen, sowie am Gewinn und Verlust, auf eine neue Grundlage gestellt wird. Diese Veränderung der inneren Struktur der Gesellschaft verändert Sonderrechte der einzelnen Gesellschafter und kann daher nur unter allseitiger Zustimmung erfolgen."

Die Verpflichtung zur Anmeldung und Eintragung der Kommanditgesellschaft ergibt sich aus § 161 Abs. 2 und den §§ 106 ff. HGB. Darnach ist die Kommanditgesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Gemäß § 108 HGB. sind die Anmeldungen von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken, bei der Kommanditgesellschaft also mangels einer besonderen Vorschrift auch durch die Kommanditisten. Da eine Frist für die Anmeldung im Gesetze nicht bestimmt ist, hat diese unverzüglich nach Errichtung der Gesellschaft, auf alle Fälle aber vor Geschäftsbeginn zu erfolgen, um für den Kommanditisten die Folgen des § 176 HGB. zu vermeiden.[8]) Die Anmeldung hat in der im Gesetz [9]) vorgeschriebenen Form zu erfolgen, wobei es aber ohne Bedeutung ist, ob die Anmeldung durch sämtliche Gesellschafter gleichzeitig erfolgt, oder ob sie von den einzelnen Gesellschaftern zu verschiedenen

[7]) R.G. 52, 161.
[8]) Brand § 162 Anm. 3; Staub § 162 Anm. 1.
[9]) §§ 12, 13 HGB.

Zeiten vorgenommen wird. Diese Ansicht vertritt auch das Reichsgericht in einer Entscheidung,[10]) in dem es unter Zitierung eines oberlandesgerichtlichen Urteils sagt, „das Gesetz schreibe nirgends vor, daß die Anmeldung von allen Beteiligten in demselben Akt gemacht werden müsse und auch aus der Natur der Sache ergebe sich das erwähnte Erfordernis, (der gleichzeitigen Anmeldung durch sämtliche Gesellschafter) nicht."

Zu enthalten hat die Anmeldung außer dem Namen Vornamen und Wohnort jedes Gesellschafters (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB.) die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen (§ 162 Abs. 1 HGB.). Diese Vorschriften finden im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung (§ 162 Abs. 2 HGB.).

Als weiteres Erfordernis stellt § 106 HGB. die Anmeldung der Firma der Gesellschaft auf. Diese muß eine gemeinschaftliche sein. Doch ist sie nicht Kennzeichen der Gesellschaft,[11]) sondern eine gemeinschaftliche Firma nur „in dem Sinn, daß die Wirkungen, welche der Gebrauch der Firma dritten Personen gegenüber zur Folge hat, entweder sämtliche oder zum Teil gleichmäßig für alle Gesellschafter eintreten und von ihnen gewollt werden"[12]). Kennzeichen der Kommanditgesellschaft kann die Firma nicht sein, da sie eine Firma haben kann, „welche weder auf eine Kommanditgesellschaft, noch auf eine Handelsgesellschaft überhaupt, noch auf irgend ein Sozietätsverhältnis hinweist"[13]). Nur dann, wenn eine Kommanditgesellschaft neu errichtet und eine neue Firma gebildet wird, tritt die Vorschrift des § 19 Abs. 2 und 4 HGB. in Kraft, nach der die Firma einer Komanditgesellschaft den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz zu enthalten hat, die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter, besonders auch des Kommanditisten aber nicht in die Firma aufgenommen werden dürfen. Nach dem Vorerwähnten ist es aber auch sehr leicht möglich und denkbar, daß der Name eines Kommanditisten oder nur sein Name in der Firma einer Kommanditgesellschaft erscheint; nämlich dann z. B., wenn ein Komplementar, dessen Name in der Firma der Kommanditgesellschaft enthalten war, später als Komplementar ausscheidet, aber sich als Kommanditist noch bei dieser Gesellschaft beteiligt.

Hatten für die Anmeldung zum Handelsregister und die Eintragung in dasselbe für die unbeschränkt haftenden Gesellschafter wie auch für die Kommanditisten die gleichen Bestimmungen Geltung, so zeigt sich schon bei der Bekanntmachung der Eintragung ein Unterschied. Nach § 162 Abs. 2 HGB. ist bei der Bekanntmachung der Eintragung nur die Zahl der Kommanditisten anzugeben; ihr Name, Stand und

---

[10]) s. J.W. 1899, 232.
[11]) Renaud S. 124; Thöl S. 309 und 344.
[12]) Thöl S. 310.
[13]) Renaud S. 124.

Wohnort, sowie der Betrag ihrer Einlage ist nicht bekanntzumachen. Dies ist durch zwingende Vorschrift bestimmt. Wer Interesse daran hat, die Persönlichkeit der Kommanditisten und die Höhe ihrer Beteiligung zu erfahren, kann dies ohne weiteres durch Einsicht in das Handelsregister. Hätte das Gesetz aber die Bekanntmachung für die Komplementare und die Kommanditisten gleichmäßig geregelt, so würde die Gefahr bestehen, daß man sich vielfach der Form der stillen Gesellschaft bedienen würde, was nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger sein kann.

Der Kommanditist hat somit bei Errichtung der Gesellschaft oder bei seinem Eintritt oder Ausscheiden bei einer solchen die Verpflichtung, die nach dem Gesetz einzutragenden Tatsachen gleich den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern bei dem Registergericht am Sitze der Gesellschaft zur Anmeldung zu bringen. Der Kommanditist hat aber im Hinblick auf die Bestimmungen des § 176 HGB. auch ein ganz besonderes Interesse daran, daß die Eintragung der Gesellschaft oder die seines Eintritts bei der Gesellschaft baldigst erfolgt. Sollte ein Kommanditist jedoch seiner Verpflichtung trotzdem nicht nachkommen, so wendet sich auch gegen ihn der Zwang des § 14 HGB., wonach jedermann, der verpflichtet ist, eine Anmeldung zum Handelsregister vorzunehmen, hierzu durch Ordnungsstrafen von dem Registergericht anzuhalten ist. Das Verfahren bei Verhängung derartiger Ordnungsstrafen ist im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt (siehe die §§ 132, 133 a. a. O.).

Ausgenommen von diesem Ordnungsstrafverfahren ist lediglich die Anmeldung zur Eintragung von Erhöhungen oder Herabsetzungen der Einlage eines Kommanditisten (§ 175 HGB.), soweit es sich um das Handelsregister am Sitze der Gesellschaft handelt. Ist aber die Eintragung einer derartigen Veränderung beim Register des Gesellschaftssitzes erfolgt, so kann deren Eintragung am Sitze von Zweigniederlassungen gemäß § 14 HGB. erzwungen werden. Wäre auch die Anmeldung dieser Tatsachen dem Zwang unterworfen, so würden die Gesellschafter gezwungen „auch einer nur für das Verhältnis unter ihnen getroffenen Vereinbarung Dritten gegenüber Wirkung zu verleihen",[14]) was aber durchaus der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen würde. Die Bekanntmachung der Eintragung der Erhöhung oder Herabsetzung einer Einlage erfolgt gemäß § 175 HGB. nach der Vorschrift des § 162 Abs. 2 HGB.

II. Die Vermögenseinlage des Kommanditisten.

Entsprechend der rechtlichen Natur der Kommanditgesellschaft als einer Gesellschaft hat der Kommanditist bei Errichtung der Gesellschaft oder bei seinem Eintritt in eine solche eine bestimmte Beteiligung zuzusichern; denn es würde dem Wesen der Gesellschaft ebenso widersprechen, wenn irgend ein Gesellschafter von jeder Beitragspflicht be-

[14]) Brand § 175 Anm. 1; Denkschrift 117.

freit wäre, wie wenn er von der Teilnahme am Geschäftsgewinn ausgeschlossen wäre.[1])

Dieser Beitragspflicht genügt der Kommanditist dadurch, daß er öffentlich erklärt, bis zu einem bestimmten Betrage die von der Gesellschaft einzugehenden vermögensrechtlichen Gefahren tragen helfen zu wollen.[2]) Diese Haftungsübernahme, nach außen hin beschränkt „auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage“ (§ 161 Abs. 1 HGB.), ist das wesentliche Erfordernis der Beteiligung als Kommanditist, nicht dagegen, daß die Einlage auch tatsächlich geleistet wird.

Diese Bedeutung der „Vermögenseinlage“ des Kommanditisten als Haftsumme im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern ist aber streng zu unterscheiden von ihrer innenrechtlichen Bedeutung gegenüber der Gesellschaft. Hier ist sie gleichbedeutend mit Beitrag zum Gesellschaftsvermögen (Einlage). Beide Rechtsverhältnisse können grundsätzlich verschieden geregelt sein. Da § 161 HGB. die Haftung des Kommanditisten nur den Gesellschaftsgläubigern gegenüber beschränkt, so ist z. B. wohl denkbar, daß seine Haftung den Gesellschaftern gegenüber unbeschränkt ist.“ Ueberhaupt kann die Haftung nach innen abweichend von der nach außen bestimmt sein, sodaß die Kommanditisten den Mitgesellschaftern auf einen höheren oder geringeren Betrag haftbar sein können als derjenige ist, der für die Haftung nach außen in Frage kommt.“[3]) Ebenso ist es auch möglich, daß dem Kommanditisten die versprochene Einlage gestundet oder erlassen wird, oder auch, daß sie wieder zurückbezahlt wird. Eine derartige Vereinbarung aber hat nur unter den Gesellschaftern selbst Wirksamkeit, nicht gegenüber den Gläubigern (§ 172 Abs. 3 u. 4 HGB.).

Worin nun diese bedungene „Vermögenseinlage“ bestehen kann, ist eine der meist umstrittenen Fragen aus dem Recht der Kommanditgesellschaften. Behrend hat in seinem Lehrbuch[4]) die Vertreter der einzelnen Anschauungen noch in vier Gruppen eingeteilt, und zwar indem er sagt: „Einige wollen nur Geldeinlagen zulassen; andere gestatten keine Einlagen, die nicht eine communicatio quoad dominium (vollständige Uebertragung des zu inferierenden Gegenstandes in das Gesellschaftsvermögen) enthalten; noch andere halten zwar auch Gebrauchsüberlassungen für statthaft, nicht dagegen die bloße Uebernahme von Dienstleistungen seitens des Kommanditisten, während eine vierte Ansicht auch diese für zulässig erachtet“. Heute jedoch herrscht Streit in der Hauptsache nur mehr darüber, ob auch Dienstleistungen als gültige Vermögenseinlage anzusprechen sind.

Das Gesetz spricht im § 161 Abs. 1 HGB. von dem „Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage“. Darnach steht einmal fest, daß „die Höhe der Einlage des Kommanditisten eine von vornherein bestimmte sein muß“,[5]) daß der Kommanditist also von Anfang an bis zu einem

[1]) s. Goldmann S. 708 Anm. 4 zu § 163; Grosse S. 2 Anm. 2.
[2]) Staub § 161 Anm. 7.
[3]) Brand § 161 Anm. 5 b; Denkschrift 110.
[4]) S. 626 § 87 Anm. 10.
[5]) Staub § 161 Anm. 9.

zahlenmäßig genau festgestellten Betrage an der Gesellschaft sich beteiligt, in dem er bis zu diesem Betrage auch nach außenhin die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf sich nimmt. Weiterhin ist dadurch festgestellt, daß die Vermögenseinlage in Geldeswert bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein muß. Nicht jedoch folgt daraus, „daß die Vermögenseinlage durch Barzahlung geleistet werden muß; vielmehr kann sie auch durch Einbringung anderer Vermögensgegenstände geleistet werden, wobei es jedoch selbstverständlich ist, daß eine solche Leistung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nur insoweit wirksam sein kann, als die eingebrachten Gegenstände den Wert des festgesetzten Einlagebetrags wirklich erreichen (vgl. Denkschrift S. 111; R.G. 2, 306; Behrend § 87 S. 627/628)“.[6])

„Vermögenseinlage“ ist demnach eine Einlage in Geld oder Geldeswert.[7]) Es können infolgedessen außer barem Geld auch irgendwelche sonstige Vermögenswerte in die Gesellschaft eingebracht werden, wie z. B. Sachen und Rechte, und zwar sowohl dingliche als persönliche, Urheber- und Patentrechte, oder auch z. B. das Recht, gewissen Personen die Begründung eines Konkurrenzgeschäfts oder den Eintritt in ein solches zu verbieten. Es fallen ferner unter den Begriff der „Vermögenseinlage“ sogar bloße Gebrauchsüberlassungen von Sachen, Forderungen, besonders auch solche gegen die Gesellschaft. Selbst durch Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern kann sich der Kommanditist seiner Einlagepflicht entledigen. Ebenso ist es auch denkbar, daß ein Kommanditist der Gesellschaft beispielsweise ein Fabrikgeheimnis[8]) zur Ausbeutung überläßt oder durch seinen Beitritt der Gesellschaft einen gewissen Kundenkreis verschafft, von dem die Gesellschaft dann ihrerseits wieder besonderen Nutzen zieht. Auch das wäre als Einlage zulässig.[9]) Nicht dagegen ist als Einlage möglich die bloße Gewährung eines Warenkredits; „denn wenn es auch gestattet ist, im Gesellschaftsvertrage Vereinbarungen über die teilweise oder gänzliche Rückgewähr der Vermögenseinlage der Kommanditisten zu treffen, so muß doch die Einlage ein Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werden und während des Bestehens der Gesellschaft mindestens teilweise in demselben verbleiben“.[10])

Ein Teil der Schriftsteller, die Dienste nicht als Vermögenseinlage gelten lassen wollen, gehen bei ihren Folgerungen von der falschen Voraussetzung aus, daß das Wesen der Vermögenseinlage darin bestehe, daß man etwas von seinem Vermögen hergebe. So sagt z. B. v. Kräwel in Busch's Archiv,[11]) daß unter Vermögenseinlage nur Teile des dem Gesellschafter eigentümlichen Vermögens zu verstehen seien,

---

[6]) Goldmann § 161 Anm. 20.

[7]) Renaud S. 119; s. auch Curtius S. 34.

[8]) Dagegen von Kräwel in Busch's Archiv, Bd. 5, S. 95 ff.

[9]) Brand § 161 Anm. 5; Curtius S. 25, Dür.-Hach. S. 794 Anm. 4; Gierke S. 149; Lehmann-Ring § 171 Nr. 2 ff.; Makower S. 420; Müller-Erzbach S. 237; Staub § 161 Anm. 9; R.G 63, 267.

[10]) R.G. 31, 72.

[11]) Bd. 5 S. 95 ff.

Dienste aber nicht Teile des Vermögens, sondern nur Mittel zum Vermögenserwerb seien. Besonders deutlich verleiht Wendt bei Endemann [12]) dieser Anschauung Ausdruck, wenn er feststellt: „Von seinem Vermögen etwas hergeben, das ist hiernach das Wesen der Vermögens- oder Kapitalseinlage. Die Konsequenz davon ist, daß Dienstleistungen, auch wenn sie Vermögenswert repräsentieren, nicht als eine Vermögenseinlage gelten können. Das Vermögen des Gebers wird dadurch nicht kleiner, das Gesellschaftsvermögen um nichts größer; der Dienende arbeitet wohl für die Gesellschaft, nicht aber läßt er ein Kapital für dieselbe arbeiten". Curtius [13]) betont ebenfalls bei seiner Stellungnahme zu dieser Frage, daß Einlagen diejenigen Vermögenswerte seien, welche aus dem Vermögen des Gesellschafters in das der Gesellschaft eingebracht werden. Darnach fallen unter den Begriff der Einlage also „alle Vermögenswerte, die des Ueberganges in ein anderes Vermögen fähig sind" und sich zur Zeit der Einbringung im Vermögen des Gesellschafters befunden haben. „Mithin fallen Arbeitsleistungen nicht unter den Begriff der Einlage und unterliegen anderen Regeln". Makower [14]) schließt auch die Unmöglichkeit der Einlage einer Arbeitsleistung durch den Kommanditisten daraus, daß in der Begriffsbestimmung des § 161 Abs. 1 HGB. bei gegenteiliger Auslegung der Ausdruck „Vermögenseinlage" überflüssig wäre. Wenngleich auch ein Beitrag von Arbeitsleistung eine Einlage sei, so sei sie doch keine Einlage von Vermögen. Auch Ritter [15]) begründet seine ablehnende Haltung auf gleiche Weise.

Gegen die Ansicht, daß Dienste deshalb nicht als Vermögenseinlage gelten könnten, weil sie nicht Vermögensteile, sondern nur Mittel des Vermögenserwerbs seien und weil das Wesen der Vermögenseinlage verlange, daß der Einlegende etwas von seinem Vermögen hergebe, wird besonders von Renaud [16]) ausführlich Stellung genommen. Er geht dabei davon aus, die Bemerkung zu widerlegen, daß ein nur mit Diensten beteiligter Gesellschafter eben ein commis interessé sei, indem er die einzelnen grundlegenden Unterschiede zwischen diesem und dem Kommanditisten darlegt. Auch die alte Commenda, aus der die Kommanditgesellschaft hervorgegangen ist, spreche nicht gegen die Beteiligung des Kommanditisten mit bloßen Dienstleistungen; denn wenn man erwäge, „daß Leistungen, welche zu einem Unternehmen notwendig oder nützlich sind, einen Geldeswert haben, und daß andererseits in der Uebernahme und Prästation von Diensten gegen einen unbestimmten und möglicherweise ganz ausfallenden Gewinnanteil zum Vorteile eines Betriebes, dessen Führung in anderen Händen liegt, die Anvertrauung eines Vermögenswertes liegt, so wird man die Zulässigkeit einer mit bloßen Dienstleistungen stattfindenden Commanditierung insofern bejahen müssen, als nicht durch die einschlagende

[12]) S. 441/442.
[13]) S. 25 und 34.
[14]) S. 420.
[15]) S. 209.
[16]) S. 116 ff.

Gesetzgebung etwas Anderes angeordnet ist".[17]) Da aber das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, auf das sich die Ausführungen Renauds beziehen, ebenfalls, wie das neue Handelsgesetzbuch von einer „Vermögenseinlage" spricht, so hat diese Darlegung auch für das jetzt geltende Recht volle Geltung. Renaud weist dabei darauf hin, daß die Verpflichtung zur unentgeltlichen Präſtation von Diensten, die Geldeswert haben, das Vermögen desjenigen vermehre, welchem diese zu leisten seien, und zwar mit vollem Recht; denn würden diese Dienste nicht von dem betreffenden Kommanditisten geleistet werden, so müßte die Gesellschaft eben eine andere Kraft dafür verpflichten und auf diese Weise eine Ausgabe machen, die ihr so erspart bleibt. Vollkommen unrichtig sei es auch, wie Renaud in seinen Ausführungen weiter erklärt, wenn man der Ansicht sei, daß unter Vermögenseinlagen nur Teile des dem Gesellschafter eigentümlichen Vermögens, welche er in die Gesellschaft einbringe, verstanden seien; „denn es weist der Begriff „Vermögenseinlage" nicht auf das Vermögen, aus welchem, sondern auf dasjenige Vermögen, in das etwas gebracht werden soll". Den gleichen Gedanken spricht auch das Reichsgericht in einer Entscheidung über die Haftung des Kommanditisten aus.[18]) Für die Kommanditgesellschaft ist es ja auch ohne jede rechtliche Bedeutung, „ob die Geldeinlage eines Kommanditisten für diesen von einem Dritten gegeben oder mit gestohlenem, nicht mehr vindicierbarem Geld einbezahlt worden ist".

Wendel[19]) begründet seine Ansicht, daß auch bloße Dienste als „Vermögenseinlage" gelten müßten, damit, daß er auf Grund einer gekünstelten Konstruktion des Gegensatzes der beiden Bestandteile des Wortes „Vermögenseinlage" feststellt, daß sich bei Diensten eben die Einlage nach und nach bilde, was ja auch vollständig genüge, da nicht erforderlich sei, daß die Einlage sofort gemacht werde; „es genügt, wenn sie zur Sicherung der Gläubiger im Register steht; die Gesellschaft kann sie sogar ganz erlassen oder zurückzahlen". Auch Pfennig[20]) rechtfertigt seine Ansicht damit, daß er die einzelnen geleisteten Dienste nach ihrem Schätzungswerte als Ratenzahlungen ansieht und damit buchungsfähige Objekte schafft, die die ziffernmäßige Grundlage für die Beteiligung des Kommanditisten bilden können. „Daß die Einlagen von vornherein Vermögenswert haben müssen, verlangt das Gesetz nicht, vielmehr nur, daß der Wert der Einlagen von vornherein bestimmbar ist. Objektiv abschätzbar ist aber auch der Wert versprochener Dienste". Aus der Literatur seien hier als Anhänger dieser Anschauung noch genannt Brand § 161 Anm. 5 b γ, Dür.-Hach. S. 794, Gierke § 35 IV Ziff. 1, Müller-Erzbach S. 237 und Staub § 161 Anm. 9. Auch Goldmann[21]) ist Vertreter dieser Ansicht, indem er sagt, es sei zweifellos, daß die Gesellschafter unter sich auch nach dieser

[17]) Renaud a. a. O.
[18]) s. Z.H.R. 1909 S. 140.
[19]) S. 29.
[20]) S. 56.
[21]) § 161 Anm. 20.

Richtung hin Beliebiges vereinbaren können; „bei der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern jedoch wird es auf den Nachweis ankommen, daß die eingebrachte Arbeitskraft den Wert des festgesetzten Einlagebetrags erreiche“. Aehnlich stellt sich auch Behrend [22]) zu dieser Frage, während Lehmann [23]) sagt, es würde auf einen „unnützen Formalismus“ hinauslaufen, wollte man den Kommanditisten erst für seine Dienste bezahlen, um dann das Aequivalent für diese Dienste als Einlage zurückzubehalten.

Diese Ansicht, daß der Kommanditist seiner Einlagepflicht ebenso nachkommt, wenn er seine Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellt und für sie Dienste leistet, als wenn er bares Geld oder die sonst allgemein anerkannten Vermögenswerte in die Gesellschaft einbringt, hat sich mit Recht heute zur herrschenden Meinung entwickelt.

Ursache dieser so viel umstrittenen Frage ist das Wort „Vermögenseinlage“ im § 161 Abs. 1 HGB. Dabei will dieses Wort, wie nochmals hervorgehoben sei, nicht sagen, daß das Wesen der Vermögenseinlage eine Leistung aus dem Vermögen des die Einlage Bewirkenden verlange, sondern vielmehr das Einbringen eines Vermögenswertes in die Gesellschaft. Unter den Begriff des Vermögenswertes fallen aber unter allen Umständen auch die Dienste, welche ein Kommanditist zugunsten der Gesellschaft leistet; denn auch ihr Wert läßt sich schätzen und in einem bestimmten Geldbetrag festlegen. Die Gesellschaft kann dadurch Ausgaben ersparen, die sie sonst für die Beschaffung der entsprechenden Leistungen eben anderweitig zu machen hätte. Der Kommanditist aber leistet dadurch seine Einlage und zwar ratenweise, in Raten in der Höhe des Wertes der von ihm jeweils geleisteten Dienste. Mit dem noch offenstehenden Betrag seiner Einlage haftet er dann den Gläubigern der Gesellschaft direkt. Was aber der einzelne Gesellschafter an die Gesellschaft in Erfüllung seiner Einlagepflicht eingebracht hat, wird Gesellschaftsvermögen, d. h. es geht in das Miteigentum sämtlicher Gesellschafter über. Es können deshalb unbefugte Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen sogar strafrechtliche Folgen nach sich ziehen; „denn da das Gesellschaftsvermögen für den einzelnen Gesellschafter ein fremdes ist, so kann der Kommanditist daran Diebstahl und Unterschlagung verüben.“ [24])

III. Der Kommanditist bei Verwaltung der Gesellschaft.

1. Die Stellung des Kommanditisten zur Geschäftsführungsbefugnis.

Um ein richtiges Bild davon zu erhalten, welche rechtliche Stellung der Kommanditist bei Verwaltung der Gesellschaft einnimmt, muß erst Klarheit darüber geschaffen werden, was die Verwaltung einer derartigen Gesellschaft alles umfaßt. Wie bei der Verwaltung jeder anderen Gesellschaft, so lassen sich auch bei der Kommanditgesellschaft zwei

[22]) § 87 Anm. 10.
[23]) S. 283 Anm. 4.
[24]) Bose S. 6; R.G. St. 18, 123.

Hauptbestandteile unterscheiden: nämlich die Führung der Geschäfte mit außenrechtlicher und die mit bloß innenrechtlicher Wirkung. Die Regelung der Verwaltung nach außen, also der Berechtigung zum Abschluß der Geschäfte, die Außenstehenden Dritten gegenüber vorzunehmen sind, erfolgt durch die Rechtssätze von der Vertretung. Alles dagegen, was nicht dazu gehört, was also nur das innenrechtliche Verhältnis betrifft, also sowohl alle Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander und der Gesellschaft zu den einzelnen Gesellschaftern, als auch die Tätigkeiten, die innerhalb eines kaufmännischen Unternehmens sonst zu erledigen sind wie Buchführung, Beaufsichtigung des ganzen Betriebs, Aufstellung der Bilanz usw., fällt unter die Rechtssätze **der Geschäftsführung**.

Da Geschäftsführung und Vertretung zwei verschiedene Begriffe sind, ist es auch nicht unbedingt notwendig, daß ein und derselbe Gesellschafter sowohl die Befugnis zur Vertretung als auch die zur Geschäftsführung in sich vereinigt. Vielmehr kommt es sogar häufig vor, daß ein Gesellschafter, der zwar auf das innenrechtliche Verhältnis (z. B. als Organisator des Betriebs) bedeutenden Einfluß hat und auch geschäftsführungsbefugt ist, doch nicht die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft hat, während es andererseits ebenso denkbar und möglich ist, daß ein zur Firmenzeichnung berechtigter Gesellschafter im Innenverhältnis nicht geschäftsführungsbefugt ist. Hier soll vorläufig jedoch nur die Stellung des Kommanditisten zur Verwaltung der inneren Gesellschaftsangelegenheiten besprochen werden.

Grundsätzlich ist der Kommanditist von der Geschäftsführung ausgeschlossen, da das Gesetz im § 164 bestimmt: „Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen." Jedoch ist der Gesellschaft auf mehrfache Weise die Möglichkeit an die Hand gegeben, den Kommanditisten dennoch mit der Führung ihrer Geschäfte zu betrauen. Einmal ist die Gesellschaft schon auf Grund des Gesetzes (§ 163) ermächtigt, alle das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betreffenden Bestimmungen durch Gesellschaftsvertrag beliebig zu regeln, während das Gesetz nur in zweiter Linie in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages Geltung haben soll. Andererseits aber hat die Gesellschaft auch die Möglichkeit, dem Kommanditisten auf Grund irgend eines anderen Rechtsverhältnisses die Befugnis zur Geschäftsführung zu übertragen. So kann der Kommanditist beispielsweise auf Grund Auftrags oder auf Grund eines Dienstvertrags als Angestellter, etwa als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, im Gesellschaftsbetrieb tätig werden. Diese Möglichkeit ist beim Kommanditisten ohne weiteres gegeben, da er ja als Kaufmann nicht Mitinhaber ist. Er steht dann auch zur Gesellschaft in Beziehungen gleich einem beliebigen Dritten, der von der Gesellschaft für irgend einen Wirkungskreis innerhalb des Unternehmens verpflichtet wurde, und die Beziehungen des Kommanditisten zur Gesellschaft als Geschäftsführer sind auch nach dem seiner Befugnis zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu beurteilen. Es treten dann eben die entsprechenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über

den Auftrag oder Dienstvertrag oder auch die des Handelsrechts über die Handlungsgehilfen in Kraft. Der Kommanditist hat auch dementsprechend beispielsweise bei einem Dienstverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihm ein Recht auf eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit (§ 612 BGB.) und auch die Ansprüche auf Vorschüsse, Vergütung von Auslagen usw. nach den betreffenden Vorschriften. Auch die Haftung des Kommanditisten richtet sich nach dem Rechtsverhältnis, auf dem seine Geschäftsführungsbefugnis beruht, sodaß er dann in der Regel für jedes Verschulden und nicht wie der Gesellschafter gemäß § 708 BGB. nur für die Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, einzustehen hat.

Ganz anders aber gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Kommanditist die Geschäftsführungsbefugnis auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags als Gesellschafter übertragen erhält, wie diese Möglichkeit nach § 163 HGB. gegeben ist. Wie schon weiter oben erwähnt, hat die Gesellschaft auf Grund dieses Paragraphen vollkommen freie Hand bei Regelung ihrer innenrechtlichen Verhältnisse. Sie kann daher den Kommanditisten von allen in den §§ 164 bis 169 HGB. genannten Berechtigungen, soweit es das Wesen der Gesellschaft zuläßt, ausschließen, kann dem Kommanditisten aber auch ebensogut Geschäftsführungsbefugnis erteilen. Sie kann dem Kommanditisten sogar die gesamte Leitung des Unternehmens übertragen und kann selbst die Bestimmung treffen, daß der oder die Komplementare den Anordnungen desselben unterworfen sein sollen[1]. Gleichgültig ist es dabei auch hier wie immer, ob eine Bestimmung des Inhalts, daß der Kommanditist Geschäftsführungsbefugnis erhalten soll, gleich ursprünglich bei Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird oder ob dieselbe später gelegentlich einer Aenderung dieses Vertrags eingesetzt wird. Erhält der Kommanditist aber diese Befugnis auf Grund des Gesellschaftsvertrags, so erlangt er damit die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters und nicht, wie früher vielfach angenommen wurde, die eines Beauftragten oder Dienstverpflichteten[2].

Der Gesellschaftsvertrag kann aber bezüglich der Geschäftsführung beispielsweise auch bestimmen, daß sie einem Kommanditisten mit einem Komplementar oder mit den Komplementaren als Kollektivgeschäftsführung zustehen solle, er kann sie aber ebenso neben den Komplementaren selbständig erhalten. Der Kommanditist kann sogar, wie auch schon erwähnt, das alleinige Leitungsrecht im Innenverhältnis übertragen bekommen, während die Komplementare davon ausgeschlossen werden[3]. Dies muß dann aber klar aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehen.

Da auch hier, wie für das gesamte Recht der Kommanditgesellschaft, die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft ergänzend

---

[1]) s. RG. 31, 39 und 72, und im JHR. 1908, S. 535.

[2]) s. Brand § 164 Anm. 4; Proebe S. 19; Müller-Erzbach S. 236; Pennig S. 74; Staub § 164 Anm. 7; Thöl S. 347.

[3]) s. Lehmann-Ring § 164 Anm. 1; Kielhorn S. 20.

Geltung haben, so vertreten verschiedene Schriftsteller die Ansicht, daß auch § 114 Abs. 2 HGB. auf die Kommanditgesellschaft in vollem Umfang anzuwenden sei. Darnach müßten dann, wenn beispielsweise ein Kommanditist laut Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis bei der Kommanditgesellschaft erhält und bezüglich der anderen Gesellschafter, wohlgemerkt auch der Komplementare, eine ausdrückliche Bestimmung bezüglich dieses Punktes nicht getroffen würde, sämtliche Komplementare von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein; denn § 114 Abs. 2 sagt: „Ist im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen." So sagt z. B. Braude,[4]) es sei zu berücksichtigen, daß § 114 Abs. 2 nur den Gesellschaftsvertrag vor Augen habe und „daß er nicht an Stelle der Vertragsbestimmungen, wie alle anderen Vorschriften dieses Abschnitts, gelten soll, sondern für sie und neben ihnen." § 114 Abs. 2 wolle, wenn im Gesellschaftsvertrag z. B. eine Bestimmung nur des Inhalts getroffen sei, daß die Geschäftsführung Herrn X. Y. zustehe, ohne weiteres — auch bei der Kommanditgesellschaft — die sämtlichen übrigen Gesellschafter, also hier auch die Komplementare, von der Geschäftsführung ausgeschlossen wissen. Die gleiche Ansicht wie Braude vertritt auch Goldmann,[5]) nur daß er die Anwendbarkeit des § 114 Abs. 2 deshalb für gegeben erachtet, weil der Kommanditist der Gesellschaft nicht als ein Dritter gegenüberstehe, sondern selbst Gesellschafter derselben sei; „ist er zwar nach der gesetzlichen Regel von der Geschäftsführung ausgeschlossen, so ist doch zufolge der Beseitigung dieser Beschränkung durch den Gesellschaftsvertrag seine rechtliche Stellung, was die interne Beziehung zu den übrigen Gesellschaftern anbetrifft, durchaus derjenigen des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft gleichkommend," und es sei deshalb die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 114 Abs. 2, besonders auch mit Rücksicht auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft gegeben.

Nun ist wohl ohne weiters anzuerkennen, daß sich ein Gesellschaftsvertrag, dessen Bestimmung über die Geschäftsführung sich auf die Ermächtigung eines Kommanditisten neben dem Komplementar beschränkt, gewöhnlich nicht einer Redewendung wie: „Die Geschäftsführung steht dem Kommanditisten X. Y. zu" bedienen wird. Aber den Fall angenommen, daß diese Bestimmung wörtlich in den Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft aufgenommen wurde, könnte das allein doch nie den Ausschluß sämtlicher Komplementare bedeuten, selbst dann nicht, wenn es von der Gesellschaft so beabsichtigt wäre. § 114 HGB. gehört den Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft an. Diese Bestimmungen haben subsidiäre Bedeutung für das Recht der Kommanditgesellschaft und können selbstredend nur dort Anwendung finden, wo dies sinngemäß möglich erscheint. Das ist aber hier nicht der Fall. Bei der offenen Handelsgesellschaft sind nach dem Ge-

[4]) S. 20.
[5]) § 164 Anm. 5.

setz sämtliche Gesellschafter geschäftsführungsbefugt. Bei der Kommanditgesellschaft sind dies nur die Komplementare; die Kommanditisten dagegen sind kraft Gesetzes von der Geschäftsführung ausgeschlossen. § 114 Abs. 2 knüpft an die Vorschrift des Abs. 1 an, der bestimmt, daß alle Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet sind. § 114 Abs. 2 sagt also damit: Wird die Geschäftsführung einem an und für sich schon nach dem Gesetz dazu berechtigten Gesellschafter auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich nochmals übertragen, so kann das nur die Bedeutung eines Ausschlusses der übrigen nach dem Gesetz ebenfalls geschäftsführungsbefugten Gesellschafter haben. Wie sollte nun aber diese Vorschrift auf die Kommanditgesellschaft sinngemäße Anwendung finden können? Die Kommanditgesellschaft hat neben den nach dem Gesetz geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern, den Komplementaren, auch noch Gesellschafter, die kraft der gleichen Vorschrift von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, eben die Kommanditisten. Es würde deshalb vollkommen dem Sinn und der Absicht des Gesetzes widersprechen, wollte man dann, wenn ein Kommanditist, also ein von der Geschäftsführung kraft Gesetzes ausgeschlossener Gesellschafter, durch Gesellschaftsvertrag zur Führung der Geschäfte ermächtigt wird, darin ohne weiteres einen Ausschluß der nach der gesetzlichen Regel geschäftsführungsbefugten Komplementare erblicken. Wohl aber muß § 114 Abs. 2, wie hier nur nebenbei bemerkt werden soll, für die Kommanditgesellschaft dann Geltung haben, wenn ein Komplementar, der ja durch das Gesetz zum geschäftsführungsbefugten Gesellschafter erklärt ist, diese Befugnis ausdrücklich durch Gesellschaftsvertrag noch einmal übertragen erhält.

Als Vertreter der hier vertretenen Ansicht sind besonders zu nennen Brand § 164 Anm. 4, Lehmann-Ring § 164 Nr. 4, Ritter § 164 Anm. 2, Staub § 164 Anm. 7, Grosse S. 27, Kielhorn S. 20.

Hat der Kommanditist aber auf Grund des Gesellschaftsvertrags die Befugnis zur Geschäftsführung übertragen erhalten, so ist mangels einer besonderen Vereinbarung im Zweifel anzunehmen, daß er damit auch gleichzeitig die Verpflichtung zur Führung der Geschäfte übernommen hat. Ganz anders ist es beim nichtgeschäftsführungsbefugten Kommanditisten. Er ist nach dem Gesetz von der Leitung im Innenverhältnis ausgeschlossen. Er ist damit, wie das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch in Art. 158 Abs. 2 sagte, „zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet". Zweifelhaft ist nur, ob der Kommanditist nicht im Falle der Gefahr im Verzug etwa das Recht oder gar die Pflicht hat, zugunsten der Gesellschaft die Leitung im Innenverhältnis selbst zu übernehmen und einen der Gesellschaft drohenden Schaden von dieser abzuwenden. Gefahr im Verzuge liegt nach Staub[6]) dann vor, „wenn ein wirklicher Schaden auf dem Spiele steht, auch dann schon, wenn der Verlust eines Gewinns zu befürchten ist". Denn es könne für einen

[6]) § 115 Anm. 7, s. auch Brand § 115 Anm. 3b.

Kaufmann eine gleich große Gefahr bedeuten, Geld nicht zu gewinnen, als es zu verlieren. Diese unbedingt richtige Erwägung kann jedoch unmöglich dazu Anlaß geben, dem Kommanditisten für den Fall der Gefahr im Verzug ein Recht oder gar eine Verpflichtung zur Geschäftsführung zu übertragen.

So sagt auch Renaud [7]) bei seiner Stellungnahme zu dieser Frage, daß der nicht geschäftsführungsbefugte Kommanditist auch bei Gefahr im Verzug keinerlei Verpflichtung habe, einen drohenden Schaden von der Gesellschaft abzuwenden und deshalb auch für einen durch seine Unterlassung eintretenden Nachteil der Gesellschaft nicht hafte. Besonders wendet er sich gegen die Ansicht, daß der Kommanditist deshalb verpflichtet sei, bei Gefahr im Verzug einzugreifen, weil er die von ihm in eigenen Angelegenheiten verwendete Sorgfalt auch für die Gesellschaft aufzuwenden habe, wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig machen wolle; denn, sagt er richtig, durch diese Bestimmung werde nur „der Grad der Diligenz“, die der Gesellschafter als solcher seinen Mitgesellschaftern gegenüber innerhalb des Kreises der ihm obliegenden Verbindlichkeiten prästieren muß, festgesetzt, nicht dagegen werde der Umfang dieser Verpflichtung geregelt. Wie Renaud weiter darlegt, ist der Kommanditist auch bei Gefahr im Verzug gar nicht zum Handeln berechtigt und handelt er dennoch, so kann er dies nur auf eigene Gefahr hin tun.[8]) Diese Auffassung dürfte die Frage nach der Stellung des Kommanditisten zur Geschäftsführung bei Gefahr im Verzug rechtlich und praktisch befriedigend lösen; denn man stelle sich nur einmal vor, zu welch unhaltbaren Zuständen es führen müßte, wenn bei einer Gesellschaft mit einer größeren Anzahl Kommanditisten jedem derselben das Recht gegeben oder gar die Verpflichtung auferlegt wäre, dann einzugreifen, wenn er glaube, daß Gefahr im Verzuge gegeben sei und er deshalb die Gesellschaft vor drohendem Schaden retten müsse. Ganz besonders ist dabei auch noch der Umstand zu beachten, daß der Kommanditist regelmäßig keinen Einblick in das Gesellschaftsleben hat und außerdem auch in vielen Fällen, da es sich für ihn regelmäßig nur um eine Kapitalbeteiligung bei der Gesellschaft handelt, irgendein vollkommen geschäftsunkundiger Geldgeber ist.

Hat aber ein nicht geschäftsführungsbefugter Kommanditist auf Grund seiner Annahme einer Gefahr im Verzuge gehandelt und die Gesellschaft dadurch einen Vorteil erlangt, so kann auch dieser Kommanditist für seine etwaigen Aufwendungen, die er bei Vornahme seiner Tätigkeit zu machen hatte, von der Gesellschaft Ersatz verlangen. Bleibt jedoch ein Erfolg seiner Handlungsweise aus oder zeitigt sie einen glatten Mißerfolg, so hat der Kommanditist selbstredend keinerlei Ersatzansprüche gegen die Gesellschaft, da er ohne Geschäftsführungsbefugnis gehandelt hatte und dies eben immer nur auf eigene Gefahr hin tun kann, wie schon erwähnt wurde. Außerdem zeigt sich dann ja auch

[7]) S. 293.
[8]) s. Bose S. 8 ff.

klar, daß zum Eingreifen kein Grund vorlag und Gefahr im Verzuge nicht bestanden hatte. Hat der Kommanditist aber durch seine Handlungsweise Ersatzansprüche erlangt, so kann er sie gemäß § 110 HGB., was allerdings bestritten ist, geltend machen. Ausdrücklich betonen z. B. Brand [9]) und Staub [10]) bei ihren Erläuterungen zu § 110 HGB., daß die in diesem Paragraphen genannten Ansprüche nicht nur dem geschäftsführenden Gesellschafter zustehen, sondern jedem Gesellschafter. Selbst „infolge Geschäftsführung ohne Auftrag kann er Aufwendungen machen und Ersatz verlangen", sagt Staub in seinen Ausführungen und zeigt dabei auch einen Fall, bei dem sogar durch eine Handlung gegen den Willen der Gesellschaft ein Ersatzanspruch gegen diese entsteht; „wenn nämlich ohne die Geschäftsführung eine Pflicht der Gesellschaft, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre (§§ 683, 679 BGB.)". Ganz anderer Ansicht dagegen ist beispielsweise Renaud [11]), der dem Kommanditisten in einem Falle unbefugter Geschäftsführung nur die Rechte zuspricht, die einem beliebigen Dritten im gleichen Falle zustehen würden.

Anschließend an die Ausführungen über die Möglichkeit, einem Kommanditisten auf Grund einer in dem Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Bestimmung als Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung zu übertragen, soll hier noch besonders bemerkt werden, daß in einem solchen Fall für den Kommanditisten mangels einer abweichenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags § 115 HGB. in vollem Umfang Geltung hat. Es ist also dann jeder Kommanditist allein zu handeln berechtigt und es kann der Vornahme einer Handlung durch ihn, solange es sich nicht um eine über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehende handelt, nur von einem ebenfalls geschäftsführungsbefugten Gesellschafter widersprochen werden. Erfolgt der Widerspruch gegen die Vornahme einer derartigen Handlung, so hat dies die Wirkung, daß diese beabsichtigte Handlung unterbleiben muß, und zwar selbst dann, wenn sie noch so dringend und wichtig wäre, oder auch, wenn Gefahr im Verzuge vorgelegen hat.[12])

Anders, wenn eine über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehende Handlung vorgenommen werden soll. Hier hat dann, gleichgültig, ob die Tätigkeit von einem Komplementar oder geschäftsführungsbefugten Kommanditisten vorgenommen werden soll, jeder auch nicht geschäftsführungsbefugte Kommanditist gemäß § 164 HGB. ein Widerspruchsrecht, und zwar ebenfalls mit der Wirkung, daß diese Handlung dann auf alle Fälle zu unterbleiben hat. Ausdrücklich betont das Gesetz, daß dabei nur eine über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der betreffenden Gesellschaft hinausgehende Handlung in Betracht kommen kann. Es

---

[9]) Anm. 2 a.
[10]) Anm. 1.
[11]) S. 294 ff.
[12]) s. Staub § 115 Anm. 5.

ist also für die Beurteilung in dieser Richtung einzig maßgebend die Art und der Umfang des Betriebs des Handelsgewerbes dieser Gesellschaft, nicht dagegen der Betrieb eines Handelsgewerbes im allgemeinen oder der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes. Aus diesem Grund ist es auch nicht möglich, ein für alle Fälle gültiges Verzeichnis jener Handlungen aufzustellen, die stets als über den Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehende anzusehen sind, sondern es kann diese Frage immer nur von Fall zu Fall entschieden werden. Um aber wenigstens gewisse Richtlinien geben zu können, stellt beispielsweise Bose [13]) zwei Gesichtspunkte auf, die die Beurteilung eines Geschäfts in dieser Richtung erleichtern sollen. So könne man von gewöhnlichen Handlungen nicht mehr sprechen „1. bei Handlungen, die zwar an sich zum Gesellschaftsbetrieb gehören, die aber höchst selten vorkommen, und 2. bei Handlungen, die zwar den unmittelbaren Gegenstand des Gesellschaftsgeschäfts bilden, die aber ihren Bedingungen nach von den gewöhnlichen Geschäften abweichen. Wohl aber ist es selbstverständlich möglich, eine Anzahl Handlungen aufzuzählen, die als regelmäßig über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehend zu betrachten sind. So ist z. B. nach Brand [14]) und Staub [15]) gewöhnlich als ein derartiges Geschäft anzusehen sehr erhebliche Kreditgewährung, sei es in Bezug auf Höhe oder auf Länge der Zeit, sehr erhebliche Käufe von Waren, zumal von solchen, deren Umsatzfähigkeit zweifelhaft ist, oder deren Preis schwankt oder die nicht zur Ergänzung des regelmäßigen Lagerbestandes der Gesellschaft bestimmt sind; ferner z. B. bei Fabrikationsgeschäften erhebliche Fabrikerweiterung, gegebenenfalls auch Errichtung oder Aufhebung von Zweigniederlassungen, sowie Erteilung von Handlungsvollmachten und Anstellung von Handlungsgehilfen. Gegen alle derartigen Handlungen kann sich das dem Kommanditisten im § 164 HGB. eingeräumte Widerspruchsrecht wenden, wobei aber der widersprechende Gesellschafter gegebenenfalls zu beweisen hat, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes seiner Gesellschaft hinausgeht. In der Literatur ist allerdings bestritten, ob dem Kommanditisten auf Grund des § 164 HGB. nur das Recht zustehen soll, Widerspruch gegen solche Handlungen einzulegen, oder ob dem Kommanditisten vielmehr ein Zustimmungsrecht dazu eingeräumt werden solle.

So erkennen unter anderen Dür.-Hach.,[16] Lehmann [17]) und Makower [18]) dem Kommanditisten das Recht zur Zustimmung zu über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehenden Geschäften zu, indem sie sagen, daß gemäß § 116 Abs. 2 HGB. für derartige Handlungen ein Beschluß sämtlicher Gesellschaf-

[13]) S. 15/16.
[14]) § 116 Anm. 1 c.
[15]) § 116 Anm. 2.
[16]) Vorbem. Anm. 6 S. 796.
[17]) S. 285 § 55 I 6 a.
[18]) Anm. II zu § 164 S. 426.

ter einschließlich der Kommanditisten erforderlich sei. Eingehend begründet Makower a. a. O. seine Stellungnahme damit, daß infolge des ergänzenden Geltungsbereichs der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft auch § 116 HGB. für die Kommanditgesellschaft zur Anwendung kommen müsse. Da nach diesem Paragraphen die Geschäftsführungsbefugnis der Komplementare nur auf gewöhnliche Geschäfte beschränkt sei, zur Vornahme von Handlungen aber, die darüber hinausgehen, ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich sei (§ 116 Abs. 2 HGB.), müsse in solchen Fällen auch der Kommanditist um seine Zustimmung angegangen werden. Es sei nicht einzusehen, daß § 164 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB. etwas Gegenteiliges bestimmen wolle. Außerdem spreche auch besonders die Entstehungsgeschichte des § 164 HGB. für die Richtigkeit der vorgetragenen Ansicht. Die Bedeutung des § 164 HGB. trete nach alledem viel klarer hervor, „wenn man den Satz 1 Halbsatz 2 (und infolgedessen auch den Satz 2) als überflüssig hinwegdenkt." Nach dieser Anschauung kann also der Kommanditist, wenn die Vornahme eines ungewöhnlichen Geschäfts beabsichtigt ist, seinen anders gerichteten Willen gleich wirksam zur Geltung bringen, wenn er schweigt oder ausdrücklich Widerspruch erhebt, wie ja Makower bei seinen Ausführungen auch selbst anführt.

Dieser Ansicht kann man sich jedoch nicht anschließen, ohne die Bedeutung und Stellung des § 164 HGB. zu verkennen. So hat sich auch die Mehrzahl der Schriftsteller auf Grund des Gesetzestexts gegen diese Anschauung ausgesprochen. Staub[19]) äußert sich in der Frage dahin, daß kein Anlaß vorliege, den § 164 Halbsatz 2 als überflüssig zu betrachten, ohne jedoch ausführlicher dazu Stellung zu nehmen. Aehnlich Brand § 164 Anm. 2a, Ritter S. 210 Anm. 1 zu § 164, Grosse S. 21 ff., Kielhorn S. 22 und Witte S. 29. Eingehender behandelt diese Frage dagegen beispielsweise Bose S. 12 ff. und legt in besonders klarer Form die Gründe dar, die dazu führen müssen, dem Kommanditisten das geringere Recht des Widerspruchs beizulegen und nicht das Zustimmungsrecht des § 116 HGB. Mit Recht verweist Bose[20]) gleich zu Beginn der Darlegung seiner persönlichen Stellungnahme, daß nach § 161 Abs. 2 HGB. die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft nur insoweit Anwendung finden dürften, als nicht in dem Abschnitt über die Kommanditgesellschaft ein Anderes vorgeschrieben ist. Dies sei aber im § 164 Halbsatz 2 geschehen. „Daß der Gesetzgeber sich nicht nur im Ausdruck vergriffen hat, als er sagte, die Kommanditisten können nicht „widersprechen", sondern dies im Bewußtsein und mit Absicht getan hat, für die Kommanditgesellschaft damit eine Abweichung von der in § 116 Abs. 1 und 2 aufgestellten Norm zu statuieren, geht daraus hervor, daß er am Ende des § 164 bestimmte: „Die Vorschriften des § 116 Abs. 3 bleiben unberührt". Dieser Gesichtspunkt aber ist auch nach der hier vertretenen Ansicht ausschlaggebend; denn wollte der

[19]) § 164 Anm. 3.
[20]) S. 14.

Gesetzgeber nicht ausdrücklich dem Kommanditisten nur das Recht des Widerspruchs im Gegensatz zu der Bestimmung des § 116 Abs. 2 geben, so hätte es dieser Bestimmung des § 164 HGB. wirklich nicht bedurft, nachdem schon im § 161 Abs. 2 HGB. die subsidiäre Anwendbarkeit der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft festgestellt worden war.

Bemerkt werden soll hier noch ausdrücklich, daß der Widerspruch des Kommanditisten natürlich nur innenrechtliche Wirkung hat, daß also ein Geschäft, wenn es von den Komplementaren trotz dem Widerspruch eines Kommanditisten vorgenommen wird, nach außen vollkommen rechtswirksam ist, die geschäftsführenden Gesellschafter aber gegebenenfalls schadensersatzpflichtig macht. Stellt sich jedoch heraus, daß der Widerspruch des Kommanditisten unbegründet war, so verpflichtet das den „Widersprechenden" deswegen doch keineswegs zum Schadensersatz; denn das Widerspruchsrecht ist ein dem Kommanditisten durch Gesetz verliehenes Recht, um sich gegen die schrankenlose Betätigung der Geschäftsführungsbefugnis seitens der Komplementare schützen oder sich wenigstens Schadensersatzansprüche im Innenverhältnis sichern zu können.[21]) „Eine Grenze hat das Widerspruchsrecht einerseits in den vertragsmäßigen Abmachungen, die das Recht aufheben oder beschränken können, andererseits in der allgemeinen Vorschrift des § 226 BGB., daß, wenn die Handlung nur geschieht, um einem anderen Schaden zuzufügen, sie unzulässig ist".[22]) Da der Widerspruch ein Recht des Kommanditisten ist, kann er auch durch Zweckmäßigkeitsfragen nicht beseitigt werden, wohl aber kann der sich wiederholende unbegründete Widerspruch eventl. zur Ausschließung des betreffenden Gesellschafters führen. Eine Klage auf Zustimmung gegen den widersprechenden Kommanditisten kann deshalb auch nur einen Erfolg zeitigen, wenn dem Kommanditisten eine Verletzung des § 226 BGB. nachgewiesen werden kann.[23]) Der Richter hat keinerlei Recht, in die Geschäftsführung einzugreifen, es sei denn, um die Vornahme eines ungewöhnlichen Geschäfts auf den Antrag eines widersprechenden Kommanditisten hin zu verbieten.

Es gibt aber auch in einem Falle ein Zustimmungsrecht des Kommanditisten bei Vornahme von Geschäften; dann nämlich, wenn es sich um heterogene, artfremde Geschäfte handelt,[24]) d. h. also um Geschäfte, deren Vornahme stillschweigend oder ausdrücklich im Gesellschaftsvertag ausgeschlossen ist. „Es ist selbstverständlich, daß von dem Gesellschaftsvertrage nur mit Willen aller Gesellschafter abgewichen werden darf. Der Betrieb des gemeinschaftlichen Handelsgewerbes hat auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags zu geschehen".

Der Satz 2 des § 164 HGB. bestimmt noch, daß § 116 Abs. 3 HGB. unberührt bleibt. Da dort aber bestimmt ist, daß zur Bestellung eines Prokuristen die Zustimmung sämtlicher geschäftsführender Ge-

[21]) Bose S. 19 ff.; Braude S. 21 ff.
[22]) Staub § 115 Anm. 4 a.
[23]) Staub § 115 Anm. 9.
[24]) s. Bose S. 14/15.

sellschafter erforderlich ist, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge sei, hat der Kommanditist regelmäßig auch an diesem Akt der Geschäftsführung keinen Anteil, sondern die Bestellung ist nur von den Komplementaren vorzunehmen. Aehnlich ist es beim Widerruf; denn „der Widerruf der Protura kann von jedem der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen" (s. § 116 Abs. 3 HGB.). Hat ein Kommanditist jedoch auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags die Befugnis zur Geschäftsführung erhalten, so hat er die Stellung eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters und ist deshalb nach § 116 Abs. 3 HGB. bei Erteilung und Widerruf der Protura beizuziehen. Keine Geltung hat diese Bestimmung aber für den nicht auf Grund Gesellschaftsvertrags, sondern etwa auf Grund eines Anstellungsverhältnisses geschäftsführungsbefugten Kommanditisten, wie hier ausdrücklich erwähnt werden soll. Eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, die einem Kommanditisten auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags zusteht, kann nur beim Vorliegen wichtiger Gründe im Wege des § 117 HGB. durch gerichtliche Entscheidung erfolgen. Als wichtigen Grund benennt das Gesetz selbst insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Die Entziehung kann nur auf Antrag der sämtlichen übrigen Gesellschafter, einschließlich der Kommanditisten, vorgenommen werden, genau wie dies beim offenen Handelsgesellschafter der Fall ist. „Natürlich kann der Gesellschaftsvertrag einzelne von ihnen von der Mitwirkung ausschließen oder den Willensakt eines bestimmten Gesellschafters verlangen".[26])

Da der Kommanditist auf Grund der Bestimmung des § 164 HGB. regelmäßig von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen ist, ist er auch von dem nach dem § 112, 113 HGB. bestehenden Wettbewerbsverbot befreit (§ 165 HGB.). § 112 HGB. bestimmt, daß ein Gesellschafter ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen darf. § 113 HGB. regelt die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche gegen einen Gesellschafter, der das Wettbewerbsverbot verletzt hat. Da § 165 HGB. ebenfalls zu den durch Gesellschaftsvertrag abänderbaren Vorschriften gehört, kann also auch der Kommanditist dem Wettbewerbsverbot unterworfen werden. Wie aber ist es mit dem Kommanditisten, der auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags geschäftsführungsbefugt ist? Gilt für ihn dann noch die Befreiung gemäß § 165 HGB. oder fällt er gleich den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern, den Komplementaren, unter die Vorschriften der §§ 112, 113 HGB.?

Um diese Frage, die, wie vorausgeschickt werden soll, in der Literatur bestritten ist, richtig beantworten zu können, muß man sich in erster Linie über den Grund klar werden, der den Gesetzgeber ver-

[26]) Lehmann-Ring S. 247 § 117 Nr. 2.

anlaßte, diese Vorschrift des § 165 HGB. aufzunehmen. Dieser Grund liegt in der Art der Beteiligung des Kommanditisten an der Gesellschaft und seiner Stellung innerhalb derselben, d. h., wie Staub[26]) sagt, darin, „daß der Kommanditist im allgemeinen an der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht teilnimmt, sondern im wesentlichen nur mit Vermögen beteiligt ist. Einmal fällt dadurch die Möglichkeit weg, die Handelsbeziehungen der Gesellschaft so genau kennen zu lernen, daß eine die Gesellschaft gefährdende Ausbeutung im Privatinteresse zu befürchten wäre; andererseits ist dem Kommanditisten nicht zuzumuten, wegen seiner regelmäßig nur geringen Beteiligung sich ein Beschränkung in der eigenen kaufmännischen Entfaltung aufzuerlegen“. Nur insoferne sei auch der Kommanditist beschränkt, fährt Staub fort, daß auch der Kommanditist nicht gegen die allgemeine Geschäftstreue verstoßen dürfe, indem er in einer die guten Sitten verletzenden Weise die Gesellschaft schädigt. Dieser gesetzgeberische Grund fällt nun aber sofort weg, wenn dem Kommanditisten auf Grund Gesellschaftsvertrags Geschäftsführungsbefugnis erteilt wurde; denn nun hat er Einblick in das Gesellschaftsleben und ist damit in der Lage, der Gesellschaft wirksam Konkurrenz zu machen, und so entsteht nun die Frage, ob nicht ein Kommanditist, der auf diese Weise die Stellung eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters innerhalb der Kommanditgesellschaft erlangt hat, durch eben dieselbe Bestellung des Gesellschaftsvertrags ohne weiteres auch dem Wettbewerbsverbot gleich den Komplementaren unterworfen sein soll.

So sagt beispielsweise Wendt,[27]) daß der in die Geschäftsführung eingetretene Kommanditist dem Wettbewerbsverbot unterstehe. Ihm schließt sich auch Lehmann-Ring S. 351 § 165 Nr. 2 mit der Begründung an, daß das, was für den Handlungsgehilfen und Vorstand einer Aktiengesellschaft in verstärktem Maße gelte, auch den Kommanditisten anzuwenden sei, wo er selbst Gesellschafter sei. Pfennig[28]) meint, daß in dem Augenblick, in dem der Kommanditist durch Gesellschaftsvertrag bezüglich der Geschäftsführung eine den Komplementaren gleichende Stellung erlange, selbst der Satz cessante ratione legis non cessat lex ipsa der nur dispositiven Vorschrift des Handelsgesetzbuchs nicht standhalte. Auch nach Braude[29]) ist „in der vertragsmäßigen Ermächtigung zur Geschäftsführung die Unterwerfung des Kommanditisten unter die Konkurrenzklausel zu sehen“. Als weitere Vertreter dieser Ansicht sollen noch genant werden Grosse[30]) und Kielhorn.[31])

Wenn es auch richtig ist, daß der gesetzgeberische Grund für die Befreiung vom Wettbewerbsverbot dann wegfällt, wenn dem Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnis erteilt wird, so ist deswegen

[26]) § 165 Anm. 1.
[27]) In Endemanns Handbuch I S. 451.
[28]) S. 74.
[29]) S. 23 ff.
[30]) S. 28.
[31]) S. 23.

doch nicht auch die gesetzliche Vorschrift als solche weggefallen; denn der Satz cessante ratione legis non cessat lex ipsa hat unbedingte Geltung. Mit vollem Recht sagt deshalb Staub,[32]) nachdem er davon ausgegangen ist, daß § 165 HGB. durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden könne: „Allein man darf nicht noch weitergehen und annehmen, daß schon aus der Zulassung des Kommanditisten zur Geschäftsführung das Wettbewerbsverbot für ihn folge". Staub stellt auch fest, daß selbst dann, wenn der gesetzgeberische Grund für die Bestimmung des § 165 HGB. wegfalle, die gesetzliche Befreiung selbst deswegen noch nicht wegfalle. „Vielmehr muß auch in diesem Falle der Vertrag, sei es durch ausdrückliche Bestimmung, sei es den Umständen nach, ergeben, daß das Wettbewerbsverbot von den Gesellschaftern gewollt sei". Wenn dies auch sicher meist der Absicht der Gesellschafter entspreche, so könne es doch nicht als gesetzliche Vorschrift anerkannt werden; denn „das Wettbewerbsverbot ist eine Abweichung von der geltenden Rechtsregel, wie Wendt selbst anerkennt und gilt daher nur da, wo es durch Gesetz oder Vertrag besonders aufgestellt ist". Brand[33]) spricht davon, daß der Kommanditist nicht nur durch ausdrücklichen Vertrag, sondern unter besonderen Umständen auch stillschweigend, dem Wettbewerbsverbot unterstellt werden könne, wenn z. B. „aus der Fassung des Vertrages deutlich hervorgeht, daß die mit Geschäftsführungsbefugnis ausgestatteten Kommanditisten auch in der Ausübung anderweiter geschäftlicher Tätigkeit den persönlich haftenden Gesellschaftern gleichgestellt werden sollten". Auch Goldmann[34]) tritt für diese Anschauung ein; siehe mit gleicher Stellungnahme zu dieser Frage auch noch Ritter § 165 Anm. 2 S. 211, Curtius S. 35, der eine Ersatzpflicht des Kommanditisten aus § 113 HGB. nur dann anerkennt, wenn das Konkurrenzverbot ausdrücklich auf ihn ausgedehnt wurde, und Witte S. 16.

Nachdem der Kommanditist aber regelmäßig von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, hat das Gesetz ihm doch die Möglichkeit gegeben, sich wenigstens von der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung seitens der Komplementare zu überzeugen, den Geschäftsbetrieb in gewissem Sinn zu beaufsichtigen und auch die Tätigkeit der Geschäftsführer in bestimmtem Umfang nachzuprüfen. Es handelt sich dabei um die Rechte aus § 166 HGB. Sind diese auch verhältnismäßig sehr gering, so ermöglichen sie doch bis zu einem gewissen Grad, sich gegen die schrankenlose Betätigung der Komplementare zu schützen. Nach § 166 HGB. ist dem Kommanditisten in erster Linie das Recht gegeben, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Ausdrücklich aber erwähnt Abs. 2 desselben Paragraphen, daß die dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter im § 118 HGB. eingeräumten weiteren Rechte dem Kommanditisten nicht zustehen und sagt damit gleichzeitig, daß § 166 HGB. die Aufsichtsrechte

[32]) § 165 Anm. 2.
[33]) § 165 Anm. 3.
[34]) S. 713 § 165 Anm. 9.

des Kommanditisten erschöpfend regeln und nicht nur ein dem Kommanditisten zustehendes Mindestrecht festlegen will.[35])

Da aber § 166 HGB. zu den Vorschriften zählt, die nur insoweit Geltung besitzen, als im Gesellschaftsvertrag nicht irgend eine abweichende Bestimmung getroffen ist, können die dem Kommanditisten durch Gesetz zugesprochenen Rechte durch eine Vertragsbestimmung beliebig abgeändert werden. So kann das Recht des Kommanditisten aus diesem Paragraphen beispielsweise im Gesellschaftsvertrage so gestaltet werden, daß es sich entsprechend dem Recht des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafters nach § 118 HGB. richtet. Ebenso gut aber kann dem Gesellschafter gegenüber jede Beschränkung ausgeschlossen oder auch jedes Recht der Kontrolle versagt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, der Gesellschaft die Berechtigung abzusprechen, gerade die Ausschließung aller dieser Rechte festzulegen, wie beispielsweise Braude[36]) mit der Begründung behauptet, „daß zur Kontrolle auf Grund § 166 niemand gezwungen wird" und außerdem „eine Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen ohne ein einziges Kontrollrecht im Handelsverkehr als nonsens gelten muß." Dies ist jedoch nicht richtig; denn wenn Braude anerkennt, daß zur Ausübung der Kontrolle gemäß § 166 niemand gezwungen werde, man also stillschweigend darauf verzichten könne, so ist nicht der geringste Grund dafür ersichtlich, nicht auch vertraglich ein derartiges erhöhtes Vertrauen festzulegen, noch dazu, wo in einem solchen Fall dann, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht, das gesetzliche Recht ohne weiteres geltend gemacht werden kann, der Kommanditist sich damit also nicht jeden Schutzes begibt. § 118 Abs. 2 HGB. muß hier nämlich unbedingt zur Anwendung gebracht werden, zwar nicht, wie Staub[37]) sagt, weil er einen allgemeinen Grundsatz zur Geltung bringe, sondern da durch das Gesetz in dem Abschnitt über die Kommanditgesellschaft nicht ein Anderes vorgeschrieben ist (§ 161 Abs. 2 HGB.).

Der Kommanditist hat, wie sich auch aus seinem Recht auf Vorlegung der Bücher und Prüfung der Bilanz, sowie aus dem Recht aus §§ 117 und besonders 133 HGB. ergibt, als Gesellschafter ein Recht darauf, und regelmäßig auch ein Interesse daran, daß die Gesellschaftsgeschäfte ordentlich geführt werden und die Komplementare als die nach dem Gesetz geschäftsführungsbefugten Gesellschafter Bücher führen und in diesen die Handelsgeschäfte der Gesellschaft und die Lage des Gesellschaftsvermögens nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Buchführung ersichtlich machen, wozu die Gesellschaft nach § 6 mit § 38 Abs. 1 HGB. verpflichtet ist. Der Kommanditist hat aber auch ein Recht darauf, daß die Gesellschaft die ihr in dem Abschnitt „Handelsbücher" noch weiter auferlegten Verpflichtungen getreu erfüllt. So kann er vor allem auch darauf dringen, daß die jährliche Bilanz

---

35) s. Brand § 166 Anm. 1; Bose S. 37.
36) S. 18.
37) § 166 Anm. 12.

von den persönlich haftenden Gesellschaftern aufgestellt und unterzeichnet wird (§ 41 HGB.). Er selbst hat ja auch dabei, wie sich per argumentum e contrario aus der gleichen Bestimmung entnehmen läßt nicht mitzuwirken. Der Kommanditist hat nach § 166 Abs. 1 HGB. nur Anspruch darauf, die schriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen, nicht dagegen der Eröffnungsbilanz und etwa noch aufgestellter Zwischenbilanzen.[38]) Keineswegs aber ist er verpflichtet, der ihm mitgeteilten Bilanz volles Vertrauen zu schenken, sondern ihm steht das Recht zu, ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Bestritten ist nun, wie weit dieser Anspruch auf Einsicht geht und weiterhin, ob etwa ein durch Gesellschaftsvertrag mit der Geschäftsführung betrauter Kommanditist zusammen mit dieser Befugnis auch ein unbeschränktes Kontrollrecht erwirbt.

Was das dem Kommanditisten regelmäßig nach § 166 Abs. 1 HGB. zustehende Beaufsichtigungsrecht betrifft, so ist dieses jedenfalls streng dahin begrenzt, daß es dem Kommanditisten nur zusteht, insoweit es zur Nachprüfung der Bilanz erforderlich ist. Dabei darf das Recht aber nicht schrankenlos ausgeübt werden. „Der Kommanditist darf z. B. nicht täglich in das Geschäftslokal kommen und Vorlegung aller möglichen Bücher und Papiere zu verlangen".[39]) Bezüglich der Art der Ausübung dieses Rechts ist zu sagen, daß die Einsicht, „von Ausnahmefällen abgesehen, im Geschäftslokal während der Geschäftsstunden zu erfolgen" hat und so lange zu gewähren ist, als eine sachgemäße Prüfung es erfordert. Es regelt sich überhaupt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.[40]) Nur wenn sich innerhalb der Geschäftszeit eine Prüfung nicht durchführen lassen sollte, hat der Kommanditist auch ein Anrecht darauf, außerhalb der Geschäftsstunden die Einsichtnahme vorzunehmen.[41]) Ein Recht auf Herausgabe der Bücher und Papiere zum Zwecke der Einsichtnahme aber hat der Kommanditist keinesfalls.

Das Recht der Nachprüfung der Bilanz unter Einsicht der Bücher und Papiere ist jedem einzelnen Gesellschafter gegeben, vorausgesetzt, daß nicht die Kommanditisten vertraglich zu einem Verband zusammengeschlossen sind und die Ausübung der Befugnisse diesem übertragen ist.[42]) Es kann auch nicht mit der Begründung verweigert werden, daß bereits ein anderer Gesellschafter das Recht ausgeübt und sich keine Beanstandung der mitbeteiligten Bilanz ergeben habe. Da es sich bei den hier zu besprechenden Aufsichtsrechten um einen Anspruch handelt, der dem Kommanditisten aus dem Gesellschaftsverhältnis den anderen Gesellschaftern gegenüber zusteht, ist er gemäß § 717 BGB.

[38]) s. dazu Staub § 166 Anm. 1 und die dort angeführten Entscheidungen.
[39]) Staub § 166 Anm. 2; Braude S. 17.
[40]) Staub § 118 Anm. 2.
[41]) Brand § 118 Anm. 4 b.
[42]) s. Lehmann-Ring § 166 Anm. Nr. 1 S. 352; Staub § 166 Anm. 3.

als solcher allein nicht übertragbar[43]) und weiterhin nach § 851 Abs. 1 ZPO. der Pfändung nicht unterworfen. Wohl aber kann das Recht selbstverständlich jederzeit durch den gesetzlichen Vertreter eines Gesellschafters ausgeübt werden. Bestritten ist, ob der Ehemann einer Kommanditistin auf Grund seiner Verwaltungsbefugnis berechtigt ist, das Recht für seine Ehefrau auszuüben. Eine Entscheidung des App.Ger. Köln[44]) spricht sich zwar dagegen aus, da der Ehemann nicht gesetzlicher Vertreter sei, man wird aber wohl mit Staub[45]) gehen können und entgegen der angeführten Entscheidung auch den Ehemann einer Kommanditistin zur Einsichtnahme zulassen, außer natürlich, wenn Gütertrennung in der Ehe vereinbart ist[46]) Eben aus dem gleichen Grunde wird man auch die Zuziehung von Sachverständigen (selbstverständlich auf Kosten des den Sachverständigen zuziehenden Gesellschafters) zur Nachprüfung der Bilanz zulassen müssen, soweit nicht in dessen Person Gründe vorliegen, die zur Abweisung führen können, wie z. B., wenn der Sachverständige Inhaber eines Konkurrenzunternehmens ist oder sonst Gründe vorhanden sind, die ihn als nicht geeignet erscheinen lassen.[47]) Bloße Bevollmächtigte dagegen sind auf alle Fälle ausgeschlossen.

Das Recht selbst erstreckt sich auf Einsicht der Bücher und Papiere, aber auch nur darauf. Dabei ist es vollkommen gleichgültig, ob es sich um Bücher handelt, die im Eigentum der Gesellschaft oder etwa in dem eines Komplementars stehen, der sich persönlich Aufzeichnungen über den Geschäftsgang der Gesellschaft gemacht hat.[48]) Erforderlich ist auch nicht, daß es Schriftstücke sind, auf die die Bilanz Bezug nimmt, wie besonders von Lehmann-Ring[49]) anerkannt wird. Der Kommanditist kann sich bei dieser Gelegenheit aus den Büchern auch selbst eine Gegenbilanz anfertigen. „Dagegen kann er nicht Inventur selbst aufnehmen, den Kassenbestand selbst untersuchen, persönlich Information über den Stand der Geschäfte begehren, vielmehr ist er lediglich auf Einsicht der Bücher und Papiere beschränkt“.[50]) Vor allem darf der Kommanditist auch nicht an der Geschäftsführung der Komplementare Kritik üben. Sind Posten zu Unrecht in die Bilanz aufgenommen, sei es, daß der Kommanditist wirksam widersprochen hat oder sonst ein Grund vorliegt, so hat der Kommanditist ein Recht auf Berichtigung der Bilanz. Bei schlechter Geschäftsführung seitens der Komplementare steht es ihm ja auch frei, die ihm notwendig erscheinenden Folgerungen daraus zu ziehen, indem er entweder gemäß § 133 HGB.

[43]) Bezügl. der Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft also der Gesamtheit der Gesellschaftsrechte s. S. 116/117.
[44]) s. Busch's Archiv, Bd. II S. 173.
[45]) § 118 Anm. 3.
[46]) s. dazu Koenige § 118 Anm. 2 Abs. 3.
[47]) s. dazu Staub § 118 Arm. 3; Brand § 118 Anm. 3; Braude S. 17.
[48]) s. Bose S. 28; auch Staub § 118 Anm. 2.
[49]) S. 352 § 166 Nr. 2; Grosse S. 23/24.
[50] Lehmann-Ring a. a. O.

Antrag auf Auflösung der Gesellschaft stellt oder nach § 117 oder § 140 Abs. 1 HGB. vorgeht, was allerdings nur mit Beteiligung sämtlicher Gesellschafter geschehen kann. Kritisieren aber darf er nicht. Die weiteren Rechte, wie sie dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter auf Grund § 118 HGB. zustehen, hat der Kommanditist nicht (§ 166 Abs. 2 HGB.).

Welche Stellung nimmt nun der auf Grund des Gesellschaftsvertrags geschäftsführungsbefugte Kommanditist den Ansprüchen aus § 166 HGB. gegenüber ein? Die Literatur darüber ist sehr geteilter Ansicht. Der eine Teil der Schriftsteller behauptet, daß der Kommanditist mit der Geschäftsführung ohne weiteres auch die Rechte des § 118 HGB. erwerbe, während ein anderer Teil auch den geschäftsführungsbefugten Kommanditisten der Bestimmung des § 166 HGB. unterwirft und die Kontrollrechte nur insoweit erweitert wissen will, als es die Geschäftsführungsbefugnis von selbst mit sich bringe. Dieser letzteren Ansicht ist beizupflichten. So sagt beispielsweise auch Staub [51]) mit Recht: „In der Uebertragung der Geschäftsführung an den Kommanditisten liegt nicht ohne weiteres die Verleihung aller Aufsichtsrechte gemäß § 118". „Nur werden durch solche Uebertragung die Aufsichtsrechte von selbst insoweit ausgedehnt, als es die Art der Geschäftsführung mit sich bringt, aber auch nur in diesen Schranken. Der Kommanditist, dem technische Leistungen zugewiesen sind, ist von der kaufmännischen Kontrolle ausgeschlossen". Nun gibt aber Staub a. a. O. als „eigentlichen Grund" dafür, daß auch der geschäftsführungsbefugte Kommanditist nicht ohne weiteres die Rechte aus § 118 HGB. erlangt, an, daß die Rechte aus § 118 HGB. in der unbeschränkten Haftung des offenen Handelsgesellschafters begründet seien. Dagegen wendet sich nicht zu Unrecht Braude S. 22/23, der sagt, daß der Grund für § 166 HGB. nicht nur in der beschränkten Haftung des Kommanditisten, sondern in seiner Zwitterstellung zu suchen sei. Dieser Ansicht, daß § 166 HGB. nicht nur mit der beschränkten Haftung des Kommanditisten zu begründen ist, sondern mit seiner ganzen Stellung innerhalb der Kommanditgesellschaft und vor allem mit seiner Befreiung vom Wettbewerbsverbot gemäß § 165 HGB., wird man sich unbedingt anschließen müssen. § 166 HGB. ist die natürliche Folge des § 165 HGB., der allerdings wieder der ganzen Stellung des Kommanditisten in der Gesellschaft Rechnung trägt. Aber trotzdem wäre es vollkommen falsch, mit Braude weiter zu folgern, daß eben deshalb dann, wenn mit der gesetzlichen Stellung des Kommanditisten dadurch aufgeräumt wird, daß er durch gesellschaftsvertragliche Bestimmung Geschäftsführungsbefugnis erhält, ohne weiteres auch die Beschränkung des § 166 HGB. wegfalle; denn auch hier muß unbedingt der Satz gelten: cessante ratione legis non cessat lex ipsa.

Beim Vorliegen wichtiger Gründe steht dem Konmmanditisten außer den bisher besprochenenen Rechten noch die weitere Möglichkeit

[51]) § 166 Anm. 11; s. auch Bose S. 53.

zu, durch Vermittlung des Gerichts vom Komplementar Ziehung einer Bilanz, Vorlegung von Büchern und Erteilung aller notwendigen Erklärungen zu verlangen. Das Gesetz spricht im § 166 Abs. 3 HGB. ausnahmsweise von wichtigen Gründen, also in der Mehrzahl. Die Mehrzahl ist aber hier, wie Makower[52]) zutreffend ausführt, „aus Art. 160 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs wohl nicht in der Absicht übernommen, abweichend von anderen ähnlichen Fällen (wo die Einzahl „ein wichtiger Grund" gebraucht ist) vorzuschreiben, daß mehrere wichtige Gründe vorliegen müssen". Vielmehr muß es auch hier genügen, wenn beispielsweise begründeter Anlaß zum Mißtrauen in die Geschäftsführung des geschäftsführenden Gesellschafters gegeben ist oder sich bei Prüfung der Bilanz Zweifel über deren Richtigkeit ergeben, etwa wegen Unvollständigkeit der Bücher oder ungenauer Buchführung und der Komplementar sich weigert, Aufklärung zu schaffen oder sämtliche Bücher und Schriften vorzulegen.[53]) Dieses Recht aus Abs. 3 ist weitergehend als das dem Kommanditisten in Abs. 1 des gleichen Paragraphen gegebene; denn hier hat das Gericht jederzeit die Möglichkeit, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen, sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere anzuordnen. Das Gericht ist also bei diesem Vorgehen nicht an die Jahresbilanz gebunden, sondern kann gegebenenfalls verlangen, daß von den geschäftsführenden Gesellschaftern zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Bilanz gezogen und dem Gericht vorgelegt werde. Das Gericht kann und darf aber nie von sich aus auf Grund des § 166 Abs. 3 HGB. tätig werden, sondern es ist stets ein Antrag eines Kommanditisten erforderlich, um das Gericht zum Eingreifen zu veranlassen. Als sachlich zuständig für diese Verrichtungen ist in § 145 FGG. das Amtsgericht erklärt, die örtliche Zuständigkeit richtet sich regelmäßig nach dem Sitz der Gesellschaft.[54]) Das Amtsgericht ist hier aber nicht Registergericht im Sinne der §§ 125 ff. FGG.[55]) Entschieden wird vom Gericht im Beschlußverfahren[56]), nicht im Prozeßverfahren. Auch die Denkschrift zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hält diesen Standpunkt für richtig und sagt: „Für einen Teil dieser Maßregeln, wie . . . . die Anordnung der Mitteilung einer Zwischenbilanz an den Kommanditisten oder stillen Gesellschafter usw. ist es nach dem geltenden Rechte nicht unzweifelhaft, ob die richterliche Entscheidung im Prozeßweg oder in einem einfachen Beschlußverfahren zu erfolgen hat. Vom Standpunkte der Gesetzgebung verdient aber jedenfalls der letztere Weg den Vorzug, weil es sich um Angelegenheiten handelt, die einer schleunigen Erledigung be-

[52]) S. 427 Anm. II zu § 166

[53]) s. dazu Lehmann-Ring S. 352 § 166 Anm. 3; Staub § 166 Anm. 8.

[54]) s. Müller-Erzbach S. 237; Bose S. 34.

[55]) Josef S. 203 § 145 Anm. 1; Keidel S. 335 § 145 Anm. 1; Rausnitz S. 485 § 145 Anm. 1.

[56]) v. Schneider § 145 Anm. 1; Staub § 166 Anm. 7.

dürfen".[57] Das Verfahren regelt sich dann weiter nach § 146 FGG., sodaß also der Gegner des Antragstellers, wenn tunlich, vom Gericht zu hören ist. Gegen die Verfügung, durch welche über den Antrag entschieden wird, findet die sofortige Beschwerde statt (§ 146 Abs. 2 FGG.). Es besteht aber für den Kommanditisten auch die Möglichkeit, im Prozeßweg eine Entscheidung herbeizuführen; nämlich dann z. B., wenn der Kommanditist auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns unter der Behauptung klagt, daß die Jahresbilanz unrichtig sei, wobei der Prozeßrichter die Vorlegung der Bücher nach § 45 HGB. anorden kann.[58] Ausgeschlossen aber ist eine besondere Klage des Kommanditisten auf Rechnungslegung.[59] [60]

Auf Grund der weiter oben bereits erwähnten Bilanz, die alljährlich zum Schluß des Geschäftsjahres von den Komplementaren gemäß § 41 Abs. 1 HGB. aufzustellen ist, wird auch die Berechnung der Gewinn- und Verlustanteile der einzelnen Gesellschafter vorgenommen. An gesetzlichen Vorschriften kommen für diese Berechnung und die Verteilung in Betracht die §§ 167 bis 169 HGB., sowie die für die Kommanditgesellschaft ergänzungsweise geltenden Vorschriften für die offene Handelsgesellschaft in den §§ 120 bis 122 HGB., soweit nicht in den vorher genannten Bestimmungen etwas Abweichendes vorgesehen ist. Vorausgeschickt werden soll, daß es sich auch hier wieder um Vorschriften handelt, die gemäß § 163 HGB. durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden können, aber natürlich auch hier nur insoweit, als dies mit dem Wesen einer Gesellschaft vereinbar ist. So ist es z. B. möglich, daß ein Gesellschafter neben seiner Beteiligung am Geschäftsgewinn feste Zinsen oder Garantie eines bestimmten Mindestgewinns zugesichert erhält, sodaß er dadurch am Verlust nicht teilnimmt. Nicht möglich dagegen ist beispielsweise eine Vereinbarung, nach der der Gesellschafter nur am Verlust beteiligt sein soll, während er am Gewinn keinen Anteil hat, oder auch, daß er nur feste Zinsen erhält; denn bei letzterer Bestimmung würde es z. B. an der Gemeinsamkeit des Zweckes fehlen.[61]

Es soll deswegen hier auch nur die auf Grund der oben genannten Paragraphen vorgesehene Berechnung und Verteilung von Gewinn und Verlust besprochen werden, wie sie also vorzunehmen ist, wenn keine gegenteilige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag enthalten ist. „Das System ist das gleiche wie bei der offenen Handelsgesellschaft".[62] Abweichungen im einzelnen tragen lediglich den Besonderheiten der Kommanditgesellschaft und der verschiedenen Stellung der beiden Gruppen von Gesellschaftern, Komplementaren und Kommanditisten, Rech-

57) S. 125.
58) Lehmann-Ring S. 352 Anm. Nr. 3.
59) Bose S. 37.
60) s. Müller-Erzbach S. 237 über die Lage des Kommanditisten bei Geltendmachung seiner Rechte aus § 166 HGB.
61) s. dazu Staub § 168 Anm. 4 u. 5, § 169 Anm. 10; Grosse S. 2 Anm. 2.
62) Staub § 167 Einleitung.

nung. So kommt es auch, daß § 167 HGB. in erster Linie die Anwendbarkeit des für die offene Handelsgesellschaft geltenden § 120 HGB. mit einigen Aenderungen festlegt. Darnach aber wird am Schlusse jedes Geschäftsjahres auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet. Etwa zukommender Gewinn wird dem Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben, der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust davon abgeschrieben. Jedoch wird der einem Kommanditisten zukommende Gewinn seinem Kapitalanteile nur solange zugeschrieben, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht. An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zu dem Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil (§ 167 HGB.).

Was die Bilanz der Kommanditgesellschaft betrifft, so ist bei ihr besonders zu beachten, daß sie wie die der offenen Handelsgesellschaft nicht auf das Grundkapital zurückgeht,[63]) sondern auf die Bilanz des vorhergehenden Geschäftsjahres, das, wie hier nur nebenbei bemerkt werden soll, bekanntlich nicht mit dem Kalenderjahr übereinzustimmen braucht (s. § 39 Abs. 2 HGB.). Es ist deshalb bei einer derartigen Bilanzaufstellung möglich, daß in einem Jahre ein Geschäftsgewinn in der Bilanz auftritt, während das in den letzten Jahren durch Geschäftsverluste verminderte Stammkapital noch nicht seine ursprüngliche Höhe wieder erreicht hat. Die Berechnung von Gewinn oder Verlust geht also, wie Cosack[64]) besonders klar zeigt, folgendermaßen vor sich: Erstens ist einmal festzustellen, wie viel das Reinvermögen der Gesellschaft am Jahresschluß, in Geld abgeschätzt, betrug. Das geschieht dadurch, daß sämtliche Gesellschaftsaktiva und Passiva errechnet und diese von jenen abgezogen werden. Zweitens sind dann noch die Kapitalanteile der einzelnen Gesellschafter für den Schluß des Geschäftsjahres zu errechnen und die Summe dieser Kapitalanteile von dem Geldwert des Reinvermögens der Gesellschaft am Jahresschluß abzuziehen. Ergibt sich dabei eine positive Differenz, so ist dadurch ausgedrückt, daß Gewinn erzielt wurde, ist die Differenz dagegen negativ, so heißt das, daß während des abgelaufenen Geschäftsjahres mit Verlust gearbeitet wurde.

Bevor jedoch auf die Darstellung der Verteilung von Gewinn und Verlust an die einzelnen Gesellschafter, im besonderen auf den Anteil des Kommanditisten daran, eingegangen wird, soll ein hier neu auftretender Begriff erläutert werden, nämlich der des Kapitalanteils.

Das Gesetz spricht vom „Kapitalanteil“ bei den Vorschriften über die rechnungsmäßige Verteilung des jährlichen Geschäftsergebnisses unter die einzelnen Gesellschafter, indem es im § 120 und § 167 HGB. sagt, daß der auf einen Gesellschafter treffende Gewinn oder Verlust

[63]) Wie es beispielsweise bei der A.G. der Fall ist, wo das ursprüngliche Gesellschaftskapital stets unter den Passiven erscheinen muß.
[64]) S. 675.

dem „Kapitalanteil“ dieses Gesellschafters in bestimmter Art und Weise zuzuschreiben bzw. von ihm abzuziehen ist. Was ist nun aber dieser Kapitalanteil eines Gesellschafters? Er ist auf jeden Fall nicht die Quote dieses Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, oder wie das Allg. deutsche Handelsgesetzbuch in Art. 106 ff. mißverständlich sagte, sein „Anteil am Gesellschaftsvermögen“. Denn während des Bestehens der Gesellschaft gibt es einen derartigen bestimmten oder bestimmbaren Anteil des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nicht.[65] Die Gesellschafter sind vielmehr in ihrer Gesamtheit Eigentümer des gesamten Gesellschaftsvermögens nach dem Grundsatz des Eigentums zur gesamten Hand. Aus diesem Grund kann der Kapitalanteil eines Gesellschafters auch nicht etwa die Größe eines Miteigentumsanteils eines Gesellschafters bestimmen. Der Kapitalanteil stellt vielmehr „nur eine rechnerische Feststellung desjenigen Betrages, der dem Gesellschafter zustehen würde, wenn die Gesellschaft alsbald aufgelöst würde“,[66] oder wie Lehmann-Ring[67] sagt, „eine Ziffer dessen dar, was der Gesellschafter als solcher kraft seiner ökonomischen Beteiligung an der Gesellschaft zu erhalten hätte, bezw. dieser zu zahlen hätte, wenn die Auseinandersetzung momentan erfolgen müßte“. Gleichbedeutend mit der Bezeichnung „Kapitalanteil“ wird auch der Ausdruck „Kapitalkonto“ gebraucht. Dieses kann einen Aktiv- oder Passivsaldo aufweisen. Ein Aktivsaldo ist dann gegeben, wenn er buchmäßig ein Guthaben darstellt, wenn sich also auf Grund von Zahlungen, die auf die Einlage geleistet wurden, oder etwaigen Gewinnzuschreibungen oder auf Grund beider Tatsachen zusammen ein positiver Betrag für den Gesellschafter ergibt, ein Passivsaldo dann, wenn das Kapitalkonto des Gesellschafters durch Verluste höher belastet wurde als Einzahlungen gutgeschrieben sind, und als indifferent ist der Saldo dann zu bezeichnen, wenn er gleich Null ist, wenn also beispielsweise überhaupt noch keine Einlage vom Gesellschafter geleistet ist und die Gesellschaft auch noch keine Geschäfte abgeschlossen hat, die eine Schwankung auf dem Kapitalkonto des Gesellschafters hätten hervorrufen können, oder wenn Gewinn und Verlust sich gegenseitig ausgleichen. Dabei ist aber ausdrücklich zu erwähnen, daß ein etwaiger Aktivsaldo keineswegs einen Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft darstellt, wie andererseits auch der Passivsaldo keine Schuld des Gesellschafters ist;[68] „denn solange der Gesellschafter in der Gesellschaft bleibt, kann er weder die Auszahlung des aktiven Kapitalanteils von der Gesellschaft fordern noch zur Einzahlung seines passiven Kapitalanteils an die Gesellschaft genötigt werden“.[69] Der Kapitalanteil hat also während der Dauer der Gesellschft keinerlei rechtliche Bedeutung, sondern erlangt diese erst bei der Auseinandersetzung.

---

[65] s. dazu auch Brand § 120 Anm. 6 a; Staub § 120 Anm. 7.
[66] Brand § 120 Anm. 6 a.
[67] S. 251 § 120 Nr. 2.
[68] s. Brand Lehmann-Ring und Staub bei § 120 a. a. O.
[69] Cosack S. 673.

Ist das Geschäftsergebnis der Gesellschaft während des letzten Geschäftsjahrs festgestellt, so kann dazu übergegangen werden, den Anteil der einzelnen Gesellschafter daran zu bestimmen. Hierbei ist nach den §§ 168 und 121 Abs. 1 und 2 HGB. zu verfahren, wonach folgendes zu beachten ist: Uebersteigt der Jahresgewinn der Gesellschaft den Betrag von 4 vom Hundert der Kapitalanteile sämtlicher Gesellschafter nicht, so gebührt jedem Gesellschafter ein Anteil in Höhe von 4 vom Hundert seines Kapitalanteils. Reicht der Jahresgewinn hiezu nicht aus, so bestimmen sich die Anteile nach einem entsprechend niedrigeren Satze (§ 121 Abs. 1 HGB.). Wie Abs. 2 des gleichen Paragraphen bestimmt, werden bei Berechnung dieses Gewinnanteils Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahres als Einlage gemacht hat, nach dem Verhältnisse der seit der Leistung abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Hat der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahres Geld auf seinen Kapitalanteil entnommen, so werden die entnommenen Beträge nach dem Verhältnisse der bis zur Entnahme abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Auch dieser Fall kann beim Kommanditisten vorliegen, wenngleich er gemäß § 169 HGB. nicht das dem offenen Handelsgesellschafter nach § 122 HGB. zustehende Entnahmerecht hat. Dann nämlich, wenn er beispielsweise den ihm auf seinen Kapitalanteil gutgeschriebenen Gewinn entnimmt, der den von ihm auf die bedungene Einlage früher bereits geleisteten Betrag übersteigt.

Ergibt sich aber auf Grund der Bilanz ein höherer Gewinn als der erwähnte, so tritt für Komplementare und Kommanditisten eine Verschiedenheit in der Verteilung dieses Mehrgewinns ein. Entsprechend der verschiedenartigen Stellung und Beteiligung der Gesellschafter ist in § 168 Abs. 2 HGB. für diesen Fall vorgeschrieben, daß in Ansehung des Gewinns, welcher den Betrag von 4 vom Hundert der Kapitalanteile der Gesellschaft übersteigt, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis der Anteile als bedungen gilt. In erster Linie ist also auch hier wieder der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Enthält dieser aber keine Bestimmung über die Gewinnverteilung,[70]) so wird es oft schwierig sein, ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis festzustellen. Als für den Kommanditisten besonders zu berücksichtigende Gesichtspunkte sind dabei seine nur auf die Einlage beschränkte Haftung, sowie seine regelmäßig äußerst geringe Beteiligung am Betriebe der Gesellschaft zu nennen. Ist eine Einigung jedoch nicht zu erzielen, so wird man am besten Sachverständige zuziehen, um eine gerechte Verteilung des den Betrag von 4 vom Hundert der Kapitalanteile der Gesellschafter übersteigenden Gewinns zu sichern.[71]) Kommt es aber auf diese Weise nicht zu einer Verständigung unter den Gesellschaftern, so muß das Gericht im Prozeßweg entscheiden.[72])

[70]) Enthält der Gesellschaftsvertrag nur eine Bestimmung über die Verteilung von Gewinn oder Verlust, so ist mit Staub § 168 Anm. 2 anzunehmen, daß dann § 722 Abs. 2 BGB. anzuwenden ist; s. auch Brand § 168 Anm. 4.

[71]) s. Brand § 168 Anm. 2; Staub § 168 Anm. 3.

[72]) s. Cosack S. 698.

Wie schon oben erwähnt, werden Gewinn und Verlust dem Kapitalanteil des Kommanditisten zugeschrieben bezw. von ihm abgeschrieben, Gewinn aber nach § 167 Abs. 2 HGB. nur solange, als der Kapitalanteil den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht. Zu bemerken ist dabei, daß bedungene Einlage im Sinne dieses Paragraphen nicht die den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nach außen wirksame Haftsumme ist, die ins Handelsregister eingetragen wird, sondern die den Gesellschaftern gegenüber versprochene, möglicherweise von der äußeren Haftsumme verschiedene Einlage.[73])

Entfällt also auf einen Kommanditisten ein Gewinnanteil, so muß dieser seinem Kapitalkonto solange gutgeschrieben werden, bis der Kapitalanteil den Betrag der vollen von dem Kommanditisten bereits geleiteten oder noch in Zukunft zu leistenden Einlage erreicht. Weiterer anfallender Gewinn dagegen darf nicht mehr auf dem Kapitalkonto gutgebracht werden, soferne dies nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, da das eine unerlaubte Kapitalanteilserhöhung bedeuten würde, sondern ist entweder bar auszuzahlen, oder, wie es häufig geschieht, auf einem Sonderkonto, dem sogenannten Privat- oder Seperatkonto, zu seinen Gunsten zu buchen. Dieser auf dem Sonderkonto gutgeschriebene Gewinn stellt dann eine gewöhnliche Buchforderung des Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft dar, er kann dessen Auszahlung in barem Gelde jederzeit, selbst wenn dies zum Nachteile der Gesellschaft geschehen würde, verlangen und denselben ebenso von der Gesellschaft trotz seines Widerspruchs ausgezahlt erhalten. Im Konkurs der Gesellschaft bildet der Anspruch eine Konkursforderung des Kommanditisten.

Inwieweit der Kommanditist einen Anspruch auf bare Auszahlung des auf ihn treffenden Gewinns gegen die Gesellschaft hat und ob die Gesellschaft ein Recht hat, einmal ausbezahlten Gewinn wegen späterer Verluste wieder zurückzufordern, regelt § 169 HGB. Dieser setzt den Anspruch des Kommanditisten auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns in der Weise fest, daß er sagt, daß der Kommanditist die Auszahlung des Gewinns nicht fordern kann, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesem Betrag herabgemindert werden würde. Wegen einer eventl. Rückforderung einmal ausbezahlten Gewinns wird festgestellt, daß der Kommanditist nicht verpflichtet ist, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Doch davon erst weiter unten!

Der Kommanditist hat also nach § 169 HGB. einen Anspruch auf eine Auszahlung aus der Gesellschaftskasse nur, wenn im abgelaufenen Geschäftsjahr Gewinn erzielt wurde; denn das Recht der Entnahme von bestimmten Geldbeträgen aus der Gesellschaftskasse, wie es dem offenen Handelsgesellschafter und dem Komplementar auf Grund Gesetzes zusteht, ist dem Kommanditisten durch den ersten Satz des § 169

[73]) s. Brand § 167 Anm. 2 b, α; Goldmann S. 721 § 167 Anm. 10; Ritter S. 213 § 167 Anm. 2; Staub § 167 Anm. 1 Nr. 2.

HGB. verweigert. Dafür aber darf er ihm zustehenden Gewinn innerhalb der angegebenen Grenzen selbst dann abheben, wenn es zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, was wieder dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft und dem Komplementar verwehrt ist. Betrachtet man den Wortlaut des § 169 HGB. etwas genauer, so sieht man, daß darin manches einer Erklärung bedarf, und versteht auch, warum dieser Paragraph schon zu mannigfachen Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben hat. So würde beispielsweise das „solange" in Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 2 bei wörtlicher Auslegung dazu führen, daß z. B. „ein Gewinn von 50 auch nicht teilweise ausgezahlt werden darf, wenn das bisherige Guthaben des Kommanditisten auf Kapitalkonto 97, die bedungene Einlage 100 beträgt". Das kann aber nicht der Sinn dieser Vorschrift sein. „Offenbar gemeint ist vielmehr, daß in diesem Falle 47 auszuzahlen sind. Dann ist aber zu ergänzen: Oder „soweit der Kapitalanteil" durch die Auszahlung usw. (so richtig gefaßt in § 172 Abs. 4)."[74])

Aehnlich ist es mit den Worten „durch Verlust" im gleichen Halbsatz. Auch hier würde die wörtliche Auslegung zu einem nicht befriedigenden Ergebnis führen. Es wird deshalb auch ziemlich allgemein in der Literatur angenommen, daß § 169 Abs. 1 HGB. auch dann anzuwenden ist, wenn die Herabminderung durch Verlust oder beispielsweise größere als die gesetzlichen Entnahmen seitens der Kommanditisten hervorgerufen wurde. Der Sinn der Vorschrift sei eben der, daß dann, wenn der auf die bedungene Einlage bereits geleistete Betrag auf irgend welche Weise geringer wurde, durch anfallenden Gewinn zuerst dieser wieder auf seine alte Höhe gebracht werden und dann erst wieder mit der Auszahlung des Gewinns in bar begonnen werden solle. Das Gesetz denke wohl in erster Linie an eine Verringerung durch Verlust, doch müßten andere Ursachen für eine Verminderung die gleichen Wirkungen erzeugen. Dies ist auch als richtig zu erachten. Makover[75]) will die Worte „durch Verlust" überhaupt als überflüssig fortgedacht haben, während Staub[76]) ein „oder auf andere Weise" eingeschoben wissen will.[77]) Dabei bemerkt aber Makower a. a. O. ausdrücklich, daß es bei einer Herabminderung des auf die Einlage geleisteten Betrages stets darauf ankomme, ob damit eine dauernde Herabsetzung der Einlage im Innenverhältnis (also der bedungenen Einlage) oder ob nur eine vorübergehende Verminderung von den Gesellschaftern beabsichtigt gewesen sei; denn in ersterem Falle sei dann der herabgesetzte Betrag in Zukunft die bedungene Einlage.

Was ist aber nun als ein auf die bedungene Einlage geleisteter Betrag anzusehen? „Als geleistet im Sinne des § 169 ist alles anzusehen, was im Innenverhältnis der Gesellschafter als geleistet gilt."[78]) Dies scheint mir die bündigste und zugleich klarste Antwort auf diese

---

[74]) Makower S. 430 § 169 Anm. II b.
[75]) S. 430 § 169 Anm. II c.
[76]) § 169 Anm. 4.
[77]) s. auch Brand § 169 Anm. 2 b d.
[78]) Makower S. 431 § 169 Anm. II d.

Frage zu sein. Denn darunter fallen sowohl Barzahlungen, die der Kommanditist im Laufe des Jahres auf seine Einlage geleistet hat; es fallen aber auch sämtliche sonstigen Leistungen darunter, die als Vermögenseinlage möglich sind,[79]) und ebenso auch dem Kapitalanteil endgültig zugeschriebener Gewinn. Daß auch dieser darunter fällt, sagt ausdrücklich Denkschrift S. 113: „Als auf die bedungene Einlage geleistet wird auch ein dem Kommanditisten im abgelaufenen Geschäftsjahr auf seinen Kapitalanteil zugeschriebener und am Schlusse des Jahres nicht erhobener Gewinnanteil zu betrachten sein."

Zu beachten ist aber, daß sämtlichen Gewinnauszahlungsansprüchen des Kommanditisten, solange dessen bedungene Einlage nicht voll einbezahlt ist, stets das Recht der Kommanditgesellschaft auf Aufrechnung bis zur völligen Leistung der Einlage gegenübersteht, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart, insbesondere dem Kommanditisten der Einlagerest gestundet ist.[80])

Ist aber vom Kommanditisten einmal Gewinn bezogen worden, so ist er nicht verpflichtet, diesen wegen späterer Verluste der Gesellschaft wieder zurückzuzahlen (s. § 169 Abs. 2 HGB.). Dabei ist aber hervorzuheben, daß auch diese Bestimmung nur auf das Innenverhältnis der Gesellschafter, nicht also den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, Wirkung hat.[81]) Makower[82]) bemerkt, daß als „bezogener Gewinn" nicht nur der in barem Gelde ausgezahlte, sondern auch der auf Sonderkonto gebuchte Gewinn zu verstehen sei. Eine gegenteilige Auslegung würde zu Schwierigkeiten führen, „da meist nach kurzer Zeit nicht mehr erkennbar sein würde, welcher Teil des Guthabens auf Sonderkonto „Gewinn" ist."[83]) Selbstverständlich aber ist, daß auch hier bei der Kommanditgesellschaft Auszahlungen von Gewinn, die auf anfechtbaren Willenserklärungen, beispielsweise auf einem Rechenfehler in der Bilanz beruhten, zurückgefordert werden können,[84]) bestritten dagegen, ob Gewinn, der zur Deckung des Verlustes hätte verwendet werden müssen, irrtümlich aber ausbezahlt wurde, vom Kommanditisten wieder zurückverlangt werden kann. Dies ist aber mit Staub[85]) zu bejahen;[86]) denn es bestand in diesem Falle keine Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter; „der Gewinn war ihm nicht geschuldet, es war nur buchmäßig ausgerechnet, wie viel er an Gewinnanteil zu fordern gehabt hätte, wenn seine Einlage nicht vermindert gewesen wäre. Da aber die Einlage vermindert war, so hatte er eben den der ausgerechneten Ziffer entsprechenden Betrag nicht zu fordern."

---

[79]) s. dazu S. 19 ff.
[80]) s. Ritter S. 214 § 169 Anm. 2.
[81]) Für das Außenverhältnis ist der später noch zu erwähnende § 172 Abs. 5 maßgebend.
[82]) S. 431 Anm. IV zu § 169.
[83]) s. auch Drenkschrift S. 114.
[84]) Brand § 169 Anm. 3 a.
[85]) § 169 Anm. 7.
[86]) Anderer Meinung: Wendt bei Endemann I S. 439; s. dazu auch Behrend S. 632, § 88 Anm. 19.

Wie der Gewinn ist auch ein etwa anfallender Verlustanteil auf dem Kapitalkonto des Kommanditisten zu buchen (§ 167 Abs. 1 mit § 120 Abs. 2 HGB.), und zwar hat auch hier die Verteilung in einem den Umständen nach angemessenen Verhältnis zu erfolgen, sofern nicht anderes vereinbart ist (§ 168 Abs. 2 HGB.). An dem Verlust der Gesellschaft nimmt der Kommanditist jedoch nicht wie beim Gewinn unbegrenzt, sondern nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil (§ 167 Abs. 3 HGB.). Wohl nur „bis zum Betrage der Einlage, aber am ganzen Gesellschaftsverlust," wie Staub[87]) mit Recht feststellt; denn § 167 Abs. 3 HGB. bestimmt nichts über die Berechnungsart, sondern nur über das Einstehenmüssen für Gesellschaftsverluste im Innenverhältnis. Daraus folgt aber, daß der Kommanditist auch dann, wenn sein Kapitalanteil und seine noch rückständige Einlage bereits durch Verluste aufgezehrt sind, trotzdem noch seinem Anteil an Gewinn und Verlust entsprechend am gesamten weiteren Geschäftsverlust teilnimmt, sodaß also sein Kapitalanteil auch einen beliebigen Passivsaldo aufweisen kann. Wie bereits oben bei Erläuterung des Begriffs „Kapitalanteil" dargelegt wurde, handelt es sich bei allen Buchungen auf dem Kapitalkonto um bloß rechnerische, zahlenmäßige Feststellungen. Dort wurde ganz allgemein festgestellt, daß weder ein Passivsaldo, noch ein Aktivsaldo eine Schuld oder ein Forderungsrecht des Gesellschafters während der Dauer der Gesellschaft begründet, sondern einzig und allein eben eine zahlenmäßige Feststellung des Betrags darstelle, der bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft maßgebend sei. Hier ist festzustellen, daß für den Kommanditisten nach dem Gesetz ein Passivsaldo selbst bei Auseinandersetzung der Gesellschaft eine Schuld (auch im Innenverhältnis) nur in Höhe seiner noch nicht eingezahlten Einlage repräsentiere. Scheidet ein Kommanditist aus der Gesellschaft aus und weist sein Kapitalkonto einen Passivsaldo auf, so ist mit dem Teil des Passivsaldos, zu dessen Ausgleichung der Kommanditist nicht verpflichtet ist, dann das Kapitalkonto der übrigen Gesellschafter (persönlich Haftenden und Kommanditisten) nach dem Verhältnis ihrer Verlustanteile zu belasten.[88]) Auf jeden Fall ist der Kommanditist nicht über den etwa noch rückständigen Betrag seiner Einlage hinaus zahlungspflichtig. Aber trotzdem ist seine weitere Teilnahme am Verlust nicht gegenstandslos: „sie ist es nur für den Augenblick, weil kein augenblickliches Deckungsobjekt vorhanden ist, aber das Deckungsobjekt liegt in der weiteren Teilnahme des Gesellschafters am Gewinn. Sein Konto wird jetzt belastet. Diese Buchung hat den Sinn, daß in den folgenden Jahren der Gewinnanteil des Kommanditisten zunächst zur Ausgleichung dieser Belastung zu benutzen ist." [89]) „Er hat also einen Anspruch auf Gewinnauszahlung nicht eher, als bis sein Kapitalkonto infolge von Gewinnzuschreibungen wieder den Betrag der bedungenen Einlage

[87]) § 169 Anm. 4.
[88]) s. Makower S. 428/29 Anm. IV zu § 167.
[89]) Staub § 169 Anm. 4.

erreicht hat.“ [90]) Anderer Ansicht ist Cosack,[91]) der wie Behrend[92]) annimmt, daß der Kapitalanteil des Kommanditisten nur auf Null sinken oder höchstens bei noch nicht vollbezahlter Einlage bis zum rückständigen Betrag negativ werden könne. Dies ist aber nicht richtig; denn das würde der ganzen Stellung des Kommanditisten widersprechen. Würde man nämlich den Kommanditisten nicht einmal rechnerisch am gesamten Gesellschaftsverlust, sondern nur solange, bis seine Einlage verbraucht ist, teilnehmen lassen, so würde das eine ungerechtfertigte Bevorzugung gegenüber den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern bedeuten. Denn es würde die Möglichkeit bestehen, daß der Kommanditist längst wieder einen aktiven Saldo auf seinem Kapitalkonto aufzuweisen hätte, also wieder am Gewinn teilnehmen würde, während ein persönlich haftender Gesellschafter durch den anfallenden Gewinn immer noch den Verlust auszugleichen hätte, der Kommanditist andererseits aber während der Jahre, in denen seine Einlage aufgezehrt ist, nicht am Gesellschaftsverlust mitzutragen hätte. Eine derartige Absicht ist aus dem Gesetz nirgends ersichtlich und auch nicht zu begründen.

2. Die Stellung des Kommanditisten zur Vertretung und im Prozeß der Gesellschaft.

Nachdem im vorhergehenden Kapitel die Stellung des Kommanditisten zum Leitungsrecht im Innenverhältnis behandelt wurde, also das Recht, mit Wirkung gegenüber den übrigen Gesellschaftern und der Gesellschaft, nicht aber gegenüber Dritten, Rechtshandlungen vorzunehmen, soll in diesem Abschnitt von der Entscheidungsgewalt, dem Leitungsrecht im Außenverhältnis gesprochen werden. Dieses Recht der Entscheidung, das seine gesetzliche Regelung innerhalb des Gesellschaftsrechts in den Rechtssätzen von der Vertretung der Gesellschaft findet, ist das für den Dritten, für den Verkehr allein maßgebende; denn regelmäßig erzeugen im Außenverhältnis, also außenstehenden Dritten gegenüber, nur Rechtshandlungen eines vertretungsbefugten Gesellschafters Rechtswirkungen für die Gesellschaft. „Das Entscheidungsrecht (Leitungsrecht) des Vertretungsberechtigten ist unbeschränkt, ist (im Außenverhältnis) das freie Entscheidungsrecht des Prinzipals, Geschäftsinhabers.“ [93]) Die Befugnis, die Gesellschaft mit außenrechtlicher Wirkung zu vertreten, kann folglich auch innerhalb der Gesellschaft nur dem Gesellschafter zustehen, der Prinzipal oder Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches ist. Das ist aber in der Kommanditgesellschaft nur der Komplementar. Das Gesetz bestimmt deshalb für die Kommanditgesellschaft über das Vertretungsrecht in § 170 HGB. auch nur als Ausnahme von der Vorschrift des § 125 Abs. 1 HGB., der auf Grund des Abs. 2 des § 161 HGB. ergänzungsweise Geltung be-

[90]) Brand § 167 Anm. 2 b β.
[91]) Seite 699.
[92]) S. 631 § 88 3 b; s. auch Lehmann S. 285 § 55 I c α.
[93]) Sohm in ZHR. 1909 S. 594 ff.

sitzt, daß der Kommanditist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt ist. Nach § 125 Abs. 1 HGB. sind sämtliche Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft als vertretungsbefugt anerkannt, soferne nicht der Gesellschaftsvertrag etwas Anderes bestimmt. Das aber heißt eben, daß nur der Komplementar, nicht aber auch der Kommanditist kraft seiner Mitgliedschaft bei der Gesellschaft leitungsberechtigt im Außenverhältnis sei. So sagt Sohn a. a. O.: Der Kommanditist „hat niemals als Gesellschafter, niemals aus eigener Person (kraft seiner Mitgliedschaft als solcher) das Leitungsrecht des Handelsgewerbes Dritten gegenüber. Im Außenverhältnis ist er Gesellschafter ohne Leitungsrecht. Das kann solange er bloß Kommanditist ist, durch keinen Gesellschaftsvertrag geändert werden.“ „Die Rechtssätze über das Vertretungsrecht sind personenrechtlicher Natur. Sie regeln die Geschäftsinhaberschaft, das Herrschaftsrecht über das Gewerbe, die Kaufmannseigenschaft“ und sind deshalb ihrer Natur nach zwingendes Recht. Dem Kommanditisten aber fehlt die personenrechtliche Macht über das Handelsgewerbe. Zu dem gleichen Ergebnis wie Sohm kommt, wenn auch auf einem anderen Wege wie dieser, Staub,[94]) da er sagt, wenn auch der Wortlaut des § 170 HGB. nicht sehr klar sei, so sollte jedenfalls damit ausgesprochen werden, daß der Kommanditist nicht zum gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft bestellt werden könne, was aus der rechtlichen Gestaltung der Kommanditgesellschaft folge. Der Kommanditist könne deshalb nie gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft sein; „denn eine gewillkürte Bestellung zu dem gesetzlich als Organ der Gesellschaft bestellten Verteter (wie sie Marcus bei Holdheim 18, 160 und Braude 33 ff. konstruieren wollen) gibt es nicht.“[95]) Mit Recht wird auch die von Sohm a. a. O. und Staub a. a. O. hier vorgetragene Ansicht wenigstens in ihrer Schlußfolgerung, nämlich daß § 170 HGB. nicht durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags abgeändert werden könne, fast in der gesamten Literatur und in der Rechtssprechung[96]) vertreten. Es seien hier als Vertreter dieser Anschauung nur genannt Brand § 170 Anm. 5, Goldmann S. 731, § 170 Anm. 15, Lehmann-Ring § 170 S. 357, Ritter S. 215 § 170 Anm. 13 und außerdem Grosse S. 43, Kielhorn S. 26 und Witte S. 34. Anderer Meinung ist beispielsweise Braude S. 33 ff., der sich vor allem in längeren Ausführungen gegen Staub wendet und seine Ansicht dahin zusammenfaßt, daß aus der Struktur der Kommanditgesellschaft nicht der absolute Ausschluß des Kommanditisten von der Vertretung folge, sondern nur der dispositive. „Den Parteien muß die Freiheit einer anderweitigen Regelung auch der Vertretungsbefugnis durch Gesellschaftsvertrag überlassen werden.“[97])

Wohl aber gibt es einen anderen Weg, dem Kommanditisten die Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft zu übertragen; nämlich die

[94]) § 170 Anm. 4.
[95]) Staub a. a. O.
[96]) s. z. B. R.O.H.G. 15, 7.
[97]) Braude S. 49.

rechtsgeschäftliche Bestellung zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten. Dies ist ja möglich, nachdem der Kommanditist nicht Kaufmann, Prinzipal ist, sodaß diese Eigenschaft ein Hindernis in dieser Richtung bilden würde.[98]) Der Kommanditist ist dann zwar z. B. auf Grund einer etwa erteilten Prokura gemäß § 49 HGB. zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (Abs. 1), nicht aber ist er befugt zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken (Abs. 2). Aber selbst dann, wenn dem Kommanditisten auch diese Befugnis noch erteilt ist, sodaß er für die Gesellschaft nach außenhin voll und ganz wie ein vertretungsberechtigter Komplementar tätig werden kann, so vertritt er doch stets nur ein ihm fremdes Recht und handelt nie kraft eigener Persönlichkeit, kraft seiner Mitgliedschaft bei der Gesellschaft wie der Komplementar, sondern eben immer nur auf Grund des geschaffenen Vollmachtsverhältnisses. Die dem Kommanditisten erteilte Vollmacht ist auch jederzeit, selbst ohne besondere Gründe, widerruflich (§ 52 Abs. 1 HGB.). Handelt aber ein so bevollmächtigter Kommanditist erkennbar für die Gesellschaft, dann ist es nach dem geltenden Recht nicht mehr erforderlich, daß der Kommanditist ausdrücklich erklärt, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle, um seine eigene persönliche Haftung auszuschließen, wie dies nach Art. 167 Abs. 3 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs erforderlich war. Aber auch hier ist es möglich, wie ausdrücklich erwähnt werden soll, daß ein von der Gesellschaft mit Vollmacht ausgestatteter Kommanditist nur zusammen mit einem Komplementar vertretungsbefugt sein soll. Diese Bestimmung kann jedoch nur dann getroffen werden, wenn außer dem bevollmächtigten Kommanditisten und dem mit ihm gesamtvertretungsberechtigten Komplementar auch noch weitere vertretungsbefugte persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind.[99]) Es würde dies nämlich sonst einer Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht nach außenhin gleichkommen, wie sie nach § 126 Abs. 2 HGB. unzulässig ist, und ein Kommanditist wäre dadurch beispielsweise auch in die Lage versetzt durch Versagung der Mitwirkung zum Widerruf seiner Prokura den Widerruf jederzeit zu verhindern. Auch geht aus der Fassung des Gesetzes (§ 125 Abs. 3 HGB.) deutlich hervor, daß eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Komplementars durch Anordnung einer Gesamtvertretung zusammen mit einem Prokuristen nur beim Vorhandensein einer Mehrheit von im Außenverhältnis leitungsberechtigten Komplementaren möglich ist.[100])

In engem Zusammenhang mit der Lehre von der Vertretung der Kommanditgesellschaft ist auch die in der Literatur vielbesprochene,

[98]) s. dazu den Abschnitt über die Stellung des Kommanditisten zum Kaufmannsbegriff des H.G.B. (S. 3 ff.).

[99]) s. Staub § 170 Anm. 1, § 125 Anm. 15.

[100]) s. dazu einen Aufsatz von Dr. Koenige in der J.W. 1923 Jahrg. 52 Bd. 1, S. 214, in dem diese Frage eingehend erörtert wird, und die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung.

aber auch viel umstrittene Frage zu erörtern, welche Rolle der Kommanditist in Prozessen der Gesellschaft einnimmt. Auszugehen ist bei Entscheidung dieser Streitfrage, wie Renaud [101]) mit Recht ausführt, davon, „daß die prozeßführende Kommanditgesellschaft wie die offene eine nur formelle Einheit bildet, auf welche sonach die für Eidesleistungen namens von Aktienvereinen und von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften gegebenen gesetzlichen Bestimmungen ohne Anwendung bleiben. Indem vielmehr die Gesellschafter, welche unter der Sozietätsfirma streiten, als Streitgenossen erscheinen, gegenüber welchen das Rechtsverhältnis, für das die zu beschwörende Tatsache Einfluß hat, einheitlich festzustellen ist, muß der der Gesellschaft zu- oder zurückgeschobene Eid als allen Litiskonsorten, rücksichtlich welcher eine solche Delation nicht unzuläßig ist, deferiert betrachtet werden. -- Wie aber sowohl die Leistung wie die Verweigerung des Eides als ein das Sozietätsvermögen betreffender dispositiver Akt erscheint, ist die Zu- oder Zurückschiebung eines Eides an solche Gesellschafter, welche von der Gesellschaftsvertretung ausgeschlossen sind, für unzulässig zu erachten, da dieselben nicht zu einer Verfügung genötigt werden können, zu der sie weder nach innen, noch nach außen berechtigt sind. So ist in der Tatsache der Eid, welcher der Sozietätsfirma deferiert wird, den zu deren Vertretung befugten Gesellschaftern zugeschoben und von diesen zu leisten". Verfehlt wäre es, mit Pfennig [102]) bezüglich der Leistung der der Gesellschaft zu- oder zurückgeschobenen Parteieide oder auferlegter richterlicher Eide „den Schwerpunkt nicht in die Vertretungsmacht, sondern in die prozessuale Eigenschaft sämtlicher Gesellschafter als notwendiger Streitgenossen" zu legen und ebenso auch die Bedeutung des Eides nur nach seiner prozessualen Seite hin, also als feierliche Bekundung der Wahrheit zu würdigen und die materiellrechtliche Seite außer Acht zu lassen. Für die von Pfennig vertretene Anschauung, daß die Fähigkeit, die Eide der Kommanditgesellschaft für diese zu leisten, nicht mit der Vertretungsmacht zusammenhänge und infolgedessen auch von den von der Vertretung ausgeschlossenen Komplementaren und Kommanditisten zu leisten seien, spricht sich auch Lehmann-Ring [103]) aus. Anders aber die in der Wissenschaft herrschende Meinung und das Reichsgericht. Schon das ROHG. spricht in einer Entscheidung [104]) davon, daß in der Leistung oder Verweigerung des Eides ein dispositiver Akt zu erblicken sei, der natürlich nur von denen vorgenommen werden könne, denen das Recht zustehe, die Gesellschaft zu verpflichten. Mit Recht verweist Grosse [105]) auch auf die praktische Seite der Frage, wenn er sagt: „Wie sollte auch ein Gesellschafter, der von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen und für gewöhnlich in den Ge-

[101]) S. 379/380.
[102]) s. S. 84.
[103]) s. § 170 Nr. 3 S. 357, § 124 Nr. 5 S. 261.
[104]) 21, 344.
[105]) S. 40.

schäftsgang nicht eingeweiht ist, etwas anderes als Ueberzeugungseide schwören können, da doch der Wahrheitseid auf seiner Seite nach ZPO. § 459 meist unzulässig sein wird!"

Aber wenn auch diese Tatsache der praktischen Bedeutung nicht entscheidend wäre, so würde doch immer der Umstand, daß die Eidesleistung außer der Bekundung der Wahrheit auch einen Verfügungsakt des den Eid leistenden Gesellschafters darstellt, unbedingt dazu führen müssen, den Kommanditisten wie den von der Vertretung der Kommanditgesellschaft ausgeschlossenen Komplementar von der Eidesleistung auszuschließen, wie es auch die heute herrschende Richtung in der Literatur für notwendig erachtet hat.[106]) Ebenso muß es sich folgerichtig auch mit dem Offenbarungseid verhalten, so daß also der Kommanditist auch zur Leistung dieses Eides nicht herangezogen werden kann. Eine andere Frage ist es, ob der Kommanditist in Prozessen der Gesellschaft als Zeuge vernommen werden darf. Auch hierüber gehen die Ansichten im Schrifttum auseinander. Während der eine Teil der Schriftsteller zusammen mit dem Reichsgericht die Anschauung vertritt, daß der Kommanditist trotz seines Ausschlusses vom Parteieid auch nicht als Zeuge auftreten dürfe,[107]) spricht sich Stein-Jonas in seinem Kommentar zur Zivilprozeßordnung[108]) richtigerweise dahin aus, daß der Kommanditist gerade deswegen, weil er vom Parteieid ausgeschlossen ist, Zeuge sein könne; denn grundsätzlich könne jeder Dritte in der Regel als Zeuge vernommen werden, auch wenn der Prozeß um seine Rechte und Pflichten geführt werde und das Urteil ihm gegenüber Rechtskraft bewirke. Zu beachten ist dabei, daß der Kommanditist in solchen Prozessen gem. § 393 Nr. 4 ZPO. unbeeidigt zu vernehmen ist, seine Beeidigung jedoch nachträglich vom Prozeßgericht angeordnet werden kann.

IV. Die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Ueber die Haftung des Kommanditisten im Außenverhältnis bestimmt § 171 HGB. in Abs. 1: „Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschafter bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist." Dies stellt die grundlegende gesetzliche Bestimmung dar, die der in der Literatur und Rechtsprechung[1]) vertretenen Anschauung Rechnung trägt. Auch die Denkschrift hält die Annahme der unmittelbaren Haftung des Kommanditisten für erforderlich, indem sie sagt: „In

[106]) s. z. B. Brand § 170 Anm. 3, § 124 Anm 2 c, bb; Frankenburger S. 204 § 170 Anm. Abs. 2; Staub s. § 124 Anm. 12.

[107]) Brand § 170 Anm. 3; s. auch Gierke S. 150 § 35, VI, Ziff. 1; Staub § 161 Anm. 17 Nr 2; Sydow-Busch-Kranz Vorbem. zu § 373 ff. S. 465; RG. 32, 399; 45, 342.

[108]) § 373 Vorbemerkung I, 2.

[1]) s. beispielsweise RG. 17, 37 und als neuere Entscheidung 51, 36.

der Tat entspricht die unmittelbare Haftung des Kommanditisten mit dem nicht eingezahlten Teil seiner Einlage der allgemeinen Stellung, welche die Kommanditgesellschaft als eine Abart der offenen Handelsgesellschaft einnimmt. Sie ist aber auch aus praktischen Gründen nicht zu entbehren. Ohne die unmittelbare Haftung könnte jedenfalls der Grundsatz, daß nach der Auflösung der Gesellschaft die Liquidation unterbleiben und eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart werden darf, nicht beibehalten werden; die Liquidation müßte vielmehr eine notwendige sein und nach dem Muster der für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften ausgestaltet werden. Andernfalls wären die Gläubiger der Gesellschaft ohne genügenden Schutz." [2]) Die Kommanditisten haften also für die Gesellschaftsschulden mit ihrem gesamten Privatvermögen wie der Komplementar und offene Handelsgesellschafter, und zwar in erster Reihe und als Gesamtschuldner, aber nur bis zur Höhe ihrer Einlage. Sie werden gänzlich haftfrei, wenn sie ihre Einlage bereits an die Gesellschaft abgeführt haben oder wenn ihre Einlage durch Zugriff von Gesellschaftsgläubigern auf ihr Privatvermögen bereits erschöpft ist.[3]) Der Umstand aber, daß der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft unmittelbar haftet, bedeutet, daß sich jeder Gesellschaftsgläubiger wegen einer Forderung, die ihm gegen die Gesellschaft zusteht, ohne weiteres auch an den einzelnen Gesellschafter halten kann, ohne vorher erst die Gesellschaft als solche in Anspruch nehmen zu müssen. Dabei ist die Haftung des Kommanditisten eine gesamtschuldnerische; sie tritt also, „wie die Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters, neben die Gesellschaftsschuld und ist eine Gesamtschuld neben der Schuld des persönlich haftenden Gesellschafters und der Schuld der anderen Kommanditisten."[4]) Daß die im zweiten Absatz des § 171 HGB. getroffene Bestimmung, daß während der Dauer des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft das den Gesellschaftsgläubigern nach Abs. 1 zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt wird, die praktische Bedeutung der unmittelbaren Haftung des Kommanditisten fast illusorisch mache, wie es von Kielhorn [5]) behauptet wird, ist vollkommen ungerechtfertigt; denn dadurch, daß die Ausübung des Rechts der Gesellschaftsgläubiger für einen bestimmten Fall einem anderen übertragen wird, wird niemals das Recht selbst berührt. Außerdem könnte der Gläubiger während des Konkursverfahrens sich ja ohnehin nicht an den einzelnen Gesellschafter halten, da hierdurch sonst die Einlage der Konkursmasse entzogen werden könnte.

Es kann also ein Gläubiger, der eine Forderung gegen die Gesellschaft hat, sich nach dem oben Gesagten nach seiner Wahl entweder an die Gesellschaft oder an ihren persönlich haftenden Gesellschafter

[2]) S. 115.
[3]) s. Cosack S. 697.
[4]) Staub § 171 Anm. 6.
[5]) S. 16.

oder auch an den Kommanditisten allein halten und entsprechend klagen, es steht ihm aber ebenso die Möglichkeit zu, alle zusammen einzuklagen oder einzelne von ihnen. Will der Gläubiger gegen einen bestimmten oder verschiedene bestimmte Gesellschafter vollstrecken lassen, so muß er die betreffenden jedenfalls gesondert einklagen; denn auf keinen Fall kann der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels, der lediglich gegen die Gesellschaft lautet, in das Vermögen eines einzelnen Gesellschafters die Zwangsvollstreckung betreiben (§ 129 Abs. 4 mit § 161 Abs. 2 HGB.).[6]) Hält sich der Gläubiger aber an einen Kommanditisten — dieser Fall kann hier allein interessieren —, so hat der Kommanditist in dem folgenden Prozesse grundsätzlich dieselbe Stellung wie der Komplementar. Er hat also unbedingt sämtliche Einreden, die dem Komplementar gemäß § 161 Abs. 2 mit § 129 HGB. zustehen. Er hat aber außer diesen sogar noch eine weitere Möglichkeit, sich zu verteidigen. Der Kommanditist kann nämlich einwenden, daß er seiner Einlagepflicht bereits genügt habe und damit seine unmittelbare Haftung erloschen sei. Dafür ist er aber selbstverständlich auch beweispflichtig.[7])

Wann ist der Kommanditist seiner Einlagepflicht aber so nachgekommen, daß er dies wirksam dem Gesellschaftsgläubiger entgegenhalten kann? „Da die Einlage, zu deren Leistung sich der Kommanditist seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, nicht unbedingt mit dem Betrag übereinstimmen muß, der den Gläubigern gegenüber als Einlage und Grenze der Haftung gelten soll, so bedarf es einer für jedermann kenntlichen Festsetzung, aus der die Höhe der Einlage in der zuletzt gedachten Bedeutung zu entnehmen ist." „Sobald die Gesellschaft oder im Falle des Eintritts eines neuen Kommanditisten dieser in das Handelsregister eingetragen ist, muß der Natur der Sache nach zunächst der eingetragene Betrag für das Verhältnis zu Dritten entscheiden" (Denkschrift Seite 116). Es ist also für den Rechtsverkehr grundsätzlich nur die im Handelsregister eingetragene Haftsumme von Bedeutung (§ 172 Abs. 1 HGB.). Bezüglich dessen, was als Leistung auf diese Einlage anzurechnen sei, gilt das Gleiche, was anläßlich der Erörterung des Wesens der Kapitaleinlage und der Berechnung und Verteilung von Gewinn und Verlust festgelegt wurde. Die Leistung kann also sowohl in Barzahlung als in irgend einer anderen zulässigen Art und Weise geschehen. Nur ist hier zu berücksichtigen, daß für Leistungen, die nicht in Barzahlungen bestehen, die Höhe des behaupteten Wertes vom Kommanditisten zu beweisen ist.[8]) Aber auch dadurch kann beispielsweise eine Leistung auf die Einlage erfolgen, daß der Kommanditist auf ihn treffenden Gewinn auf seinem Kapitalkonto stehen läßt und nicht abhebt. Auch solcher Gewinn erhöht im darauffolgenden Jahr den auf die Einlage

[6]) s. dazu die besonders ausführlichen Darlegungen von Renaud S. 383 ff.
[7]) s. R.O.H.G. 25, 279.
[8]) s. Goldmann § 171 Anm. 14.

geleisteten Betrag, ebenso Forderungen gegen die Gesellschaft, mit denen der Kommanditist gegen seine Einlageverbindlichkeit aufrechnet;[9]) denn er hat dadurch auch einen entsprechenden Vermögenswert an die Gesellschaft abgeführt. „Notwendig ist nur, daß effektiv der Vermögenswert der Gesellschaft zugeführt ist, darum würden Sacheinlagen und Dienste nach ihrem objektiven Wert abzuschätzen sein. Die Aufrechnung mit fiktiven oder dem Wert nach geringen Forderungen gegenüber der Gesellschaft würde den Gläubigern gegenüber wirkungsvoll sein usw.“[10]) Aber nicht nur Leistungen irgend welcher Art an die Gesellchschaft kann der Kommanditist dem Kläger entgegenhalten, sondern auch die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers durch ihn. Dabei ist es bei sämtlichen Arten von Leistungen gleichgültig, ob diese vor oder erst nach Erhebung einer gegen den Kommanditisten angestrengten Klage gemacht wurden.[11]) Selbst eine nach Erlassung des Urteils erfolgte Leistung befreit den Kommanditisten von seiner Haftpflicht, so daß in diesem Falle § 767 ZPO. zur Anwendung kommen muß. Eine derartige Einwendung ist also im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen, da sie den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft und die Gründe, auf denen sie beruht, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher die Einwendung nach den Bestimmungen der ZPO. spätestens hätte geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Zu der Einwendung eines Kommanditisten dem Kläger gegenüber, daß er bereits andere Gläubiger in der Höhe der von ihm zu leistenden Haftsumme befriedigt habe, ist zu bemerken, daß Leistungen an Gesellschaftsgläubiger für den Kommanditisten regelmäßig nur dann befreiend wirken können, wenn sie im Einverständnis mit einem vertretungsberechtigten Gesellschafter oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteils, durch welches die Gesellschaft zur Zahlung dieser Schuld verurteilt wurde, nicht auf Grund eines solchen, welches lediglich ihn verurteilte, gemacht wurde.[12])

Aber nicht nur während seiner Mitgliedschaft bei der Kommanditgesellschaft kann der Kommanditist von den Gläubigern im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften für Schulden der Gesellschaft haftbar gemacht werden, sondern auch nach seinem Ausscheiden oder nach Auflösung der Gesellschaft besteht die Möglichkeit der Inanspruchnahme seitens der Gesellschaftsgläubiger. Auch der ausgeschiedene Gesellschafter „kann möglicherweise seine Einlage noch nicht geleistet oder in einer Weise geleistet oder in einer Weise zurückerhalten haben, welche nach § 172 den Gläubigern gegenüber nicht wirksam ist.“[13])

---

[9]) s. dazu Behrend S. 643/644, § 89 VI Anm. 38; über die verschiedenen Aufrechnungsmöglichkeiten s. Goldmann § 171 Anm. 19 bis 21.

[10]) Lehmann-Ring § 171 Nr. 2 ff. S. 358/359.

[11]) s. Goldmann § 171 Anm. 18.

[12]) s. Ehrenberg S. 365 ff.

[13]) Staub § 171 Anm. 22.

Andererseits kommen gemäß § 161 Abs. 2 HGB. auch die §§ 159 und 160 HGB. zur Anwendung, so daß also auch der Kommanditist selbst noch „nach Auflösung der Gesellschaft während der Verjährungszeit für die Schulden der Gesellschaft in Höhe seiner Einlage persönlich haftet (ROHG. 19, 350), und zwar auch dann," wie Staub [14]) ausführt, „wenn er seine Einlage einbezahlt hatte und sie bei seinem Ausscheiden in vertragsmäßiger Weise ausgezahlt erhalten hat"; denn derartige Verfügungen haben, mögen sie auch rechtmäßig erfolgt sein, den Gläubigern gegenüber keine Wirkung. Doch steht einem Kommanditisten, der nach seinem Ausscheiden oder nach Auflösung der Gesellschaft belangt wird, die Einrede der Verjährung zu, so bald die fünfjährige Frist gemäß § 159 HGB. verstrichen ist.

Zuständiges Gericht für alle Klagen gegen den Kommanditisten ist stets das Gericht des Sitzes der Gesellschaft, da dieser den Erfüllungsort für sämtliche Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft darstellt.[15]) Und zwar wird man auch für den Kommanditisten die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen anerkennen können, für den Fall, daß ein Gläubiger den Kommanditisten für Gesellschaftsschulden haftbar macht, trotzdem der Kommanditist nicht Kaufmann ist.[16])

Wie bereits festgestellt wurde, wird im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt (§ 172 Abs. 1 HGB.). „Gemeint ist „nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister", oder (im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft) „nach der Eintragung der Person des Kommanditisten in das Handelsregister" (Denkschrift 115), entsprechend den Vorschriften des § 176 Abs. 1 u. 2 betreffend die Zeit vor Eintragung der Gesellschaft bezw. des Kommanditisten." [17]) Dieser in der Eintragung des Handelsregisters ausgedrückte Haftungswille des Kommanditisten kann aber durch spätere vertragsmäßige Vereinbarungen mit den übrigen Gesellschaftern geändert werden und zwar sowohl in der Richtung, daß die Haftsumme erhöht wird als in der anderen Richtung der Verminderung des eingetragenen Betrages. Derartige Abmachungen haben aber vorerst nur innenrechtliche Wirkung, haben also nur Wirkung den Mitgesellschaftern und der Gesellschaft gegenüber. Sollen sie auch nach außenhin Bedeutung gewinnen, so ist nach den im Gesetz in den §§ 172 ff. HGB. vorgeschriebenen Gesichtspunkten zu verfahren.

Darnach wird eine Erhöhung der Haftsumme im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern nur dann wirksam, wenn die Erhöhung in

---

[14]) Anhang zu § 177 Anm. 28

[15]) ROHG. 24 166; D.J. 99, 24

[16]) s. Viktor Ehrenberg in von Ehrenberg II, 1 S. 73 und Kielhorn S. 44/45.

[17]) Makower S. 434 Anm. I b zu § 172; Brand § 172 Anm. 1 c.

das Handelsregister eingetragen ist oder in handelsüblicher Weise kundgemacht oder in anderer Weise von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist. Die Anmeldung einer solchen Abänderung des Einlagebetrages eines Gesellschafters zur Eintragung in das Handelsregister ist durch sämtliche Gesellschafter, also auch durch die Kommanditisten, zu bewirken. Die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt gemäß § 162 Abs. 2 (§ 175 HGB.). Jedoch kommt nach der gleichen Vorschrift das Ordnungsstrafrecht gemäß § 14 HGB. für die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft nicht zur Anwendung; „denn es muß den Gesellschaftern unbenommen bleiben, derartige Vereinbarungen als innere zu betrachten, solange sie es wollen.“ [18]) Nur haben sie eben auch die aus der Nichteintragung sich ergebenden Folgen zu tragen. Ist die Erhöhung der Einlage eines Kommanditisten jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen, so besteht für den Gläubiger nur dann die Möglichkeit, sich auf diese höhere Haftsumme zu berufen, wenn ihm die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht oder in anderer Weise von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist (§ 172 Abs. 2 HGB.). Ausdrücklich sagt das Gesetz: „Von der Gesellschaft“ muß diese Erhöhung dem Gläubiger mitgeteilt sein. Trotzdem besteht im Schrifttum noch heute Meinungsverschiedenheit darüber, ob es zur Wirksamkeit einer derartigen Erhöhung unbedingt einer Mitteilung durch die Gesellschaft bedürfe oder ob es auch genüge, wenn dem Gläubiger auf sonstige Weise die Mitteilung von der Erhöhung der Haftsumme zur Kenntnis gekommen. ist Doch steht die heute herrschende Meinung auf der auch hier vertretenen Ansicht von Staub und Goldmann, nach der die Mitteilung unbedingt von der Gesellschaft ausgegangen sein muß.[19]) Als Vertreter der entgegengesetzten Richtung sagt z. B. Ritter,[20]) daß auch die Mitteilung durch den Kommanditisten selbst genüge, um die erhöhte Einlage auch den Gläubigern gegenüber zur Wirksamkeit zu bringen. Dies ist jedoch nicht richtig; denn nach dem Gesetz kann es zweifellos nicht auf die Kenntnis als solche ankommen, sondern darauf, daß eine von der Gesellschaft ausgegangene Mitteilung den Gläubiger von der Erhöhung der Haftsumme in Kenntnis setzte.[21]) Wird die Erhöhung der Einlage eines Kommanditisten „in handelsüblicher Weise“ kundgemacht, so kann dies nach Staub [22]) sowohl in einer öffentlichen Bekanntmachung durch Zeitungsanzeigen oder durch Rundschreiben an den Kundenkreis geschehen, wobei es unerheblich ist, ob der betreffende einzelne Gläubiger ein solches Rundschreiben erhalten hat. Auch er kann sich darauf berufen.

Soll die Einlage eines Kommanditisten mit Wirkung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern herabgesetzt werden, — soll es sich nur um eine nach innen wirkende Herabsetzung der Einlagepflicht handeln,

[18]) Staub § 175 Anm. 3

[19]) Staub § 172 Anm. 1; Goldmann § 172 Anm. 14; s. auch Frankenburger § 172 Anm. zu Abs. 2; Müller-Erzbach S. 241.

[20]) S. 217 § 172 Anm. 2 a.

[21]) Staub a. a. O.; ebenso auch Brand § 172 Anm. 2 b zu β.

[22]) § 25 Anm. 27; ebenso auch Brand § 25 Anm. 2 B II a, cc.

so genügt ja eine mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter vorgenommene Aenderung des Gesellschaftsvertrages — so verweist das Gesetz in § 174 HGB. auf den Weg der Eintragung dieser Herabsetzung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft. Nach dieser Gesetzesvorschrift ist eine Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten, so lange sie nicht in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, eingetragen ist, den Gläubigern gegnüber ohne Wirkung. Es wäre jedoch falsch, daraus den Schluß ziehen zu wollen, daß eine solche Herabsetzung, wenn sie auch in das zuständige Handelsregister eingetragen ist, den Gläubigern gegenüber schon unbedingt wirksam ist; denn das Gesetz spricht ausdrücklich nur die Unwirksamkeit einer nichteingetragenen Herabsetzung aus. Es haben hier vielmehr die allgemeinen Grundsätze des § 15 HGB. Platz zu greifen, nach denen eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten so lange nicht entgegengesetzt werden kann, als sie nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, es sei denn, daß sie diesem bekannt war. Die Herabsetzung der Einlage kann also selbst dann, wenn sie zwar eingetragen, aber noch nicht bekanntgemacht ist, einem Gläubiger nur insoweit wirksam entgegengehalten werden, als er sie kennt.[23]) Ist die Tatsache der Herabsetzung aber eingetragen und bekanntgemacht, so muß sie jeder Dritte gegen sich gelten lassen, „es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte" (§ 15 Abs. 2 HGB.). Diese Vorschrift ist jedoch praktisch für unseren Fall nicht sehr bedeutend, da es doch stets außerordentlichen Schwierigkeiten begegnen wird, nachzuweisen — wofür der Dritte beweispflichtig ist — daß er keine Kenntnis von der eingetragenen Tatsache hatte noch auch haben mußte. Selbstverständlich brauchen Gläubiger, wie das Gesetz noch besonders feststellt, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung bereits begründet waren, die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen. Bezüglich des Antrages auf Eintragung der Bekanntmachung derselben und des Ordnungsstrafrechts gemäß § 14 HGB. gelten die gleichen Bestimmungen wie für die Eintragung einer Erhöhung der Haftsumme eines Kommanditisten (s. § 175 HGB.). Ebenso ist auch der Verkehr mit einer Zweigniederlassung nach den allgemeinen Vorschriften des § 15 zu beurteilen, so daß also eine ausschließlich in das Register des Sitzes der Gesellschaft eingetragene und bekanntgemachte Herabsetzung dem Gläubiger nur bei nachgewiesener Kenntnis entgegengesetzt werden darf. Irgend eine andere Abmachung über die Herabsetzung der Haftung des Kommanditisten hat für die Gläubiger keinerlei Bedeutung. Insbesondere ist auch eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, mag sie gleich der Gesellschaft gegenüber die beabsichtigte Wirkung hervorrufen, für die Gläubiger gemäß § 172 Abs. 3 HGB. be-

[23]) s. Denkschrift S. 117; Brand § 174 Anm. 3; Makower § 174 Anm. III; Staub § 174 Anm. 2.

deutungslos. Desgleichen erlischt die Haftung des Kommanditisten den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht, falls einem Kommanditisten die von ihm bereits geleistete Einlage seitens der Gesellschaft wieder zurückbezahlt wird. Sie gilt den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet (§ 172 Abs. 4 Satz 1 HGB.). Dabei versteht man unter Rückzahlung nicht nur Barzahlung, „sondern alle Zuwendungen von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens an den Kommanditisten, welche den Erfolg haben, seine im Gesellschaftsvermögen steckende Einlage unter den versprochenen Betrag zu mindern, also auch Hypothekenbestellungen, Umwandlungen der Beteiligung in eine Darlehensschuld usw. (dagegen Dür.-Hach. Anm. 10).“[24]) Nicht dagegen können regelmäßig unter den Begriff einer Zurückzahlung der Einlage Zahlungen oder Zuwendungen entfallen, welche an den Kommanditisten in Erfüllung eines von der Kommanditgesellschaft mit ihm geschlossenen Vertrages oder behufs Tilgung einer sonstigen Forderung des Kommanditisten an die Gesellschaft erfolgen. Dieser Ansicht von Staub und Goldmann[25]) wird man ohne Bedenken beitreten können; denn diese Auslegung allein entspricht dem Sinn der gesetzlichen Vorschrift. Das Gleiche wie bei Rückzahlung der Einlage durch die Gesellschaft gilt, wenn ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird. So § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB. Der Kommanditist haftet also den Gläubigern unter den angeführten Umständen ohne Rücksicht darauf, ob er der Gesellschaft gegenüber verpflichtet ist, seine verminderte Einlage durch Nichterhebung von Gewinn ergänzen zu lassen oder nicht; denn § 169 HGB. unterliegt der Abänderungsmöglichkeit durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen, so daß derartiges vereinbart werden kann.[26]) Die Haftung des Kommanditisten lebt auf alle Fälle bei einer derartigen unzulässigen Abhebung insoweit wieder auf, als der auf die Einlage geleistete Betrag noch nicht wieder erreicht ist. Nur ein Umstand kann den Kommanditisten von seiner Haftung auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreien. Er ist nämlich nicht verpflichtet, das, was er auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezogen hat, wieder zurückzuzahlen (§ 172 Abs. 5 HGB.). Dabei ist aber wohl zu beachten, daß in diesem Falle der doppelte gute Glaube vorliegen muß, daß nämlich die Bilanz in gutem Glauben errichtet worden sein muß und außerdem auch der Bezug in gutem Glauben erfolgte; denn nur insoweit ist auch die Haftung erloschen.

Wurden bisher nur die regelmäßigen Fälle der beschränkten Haftung des Kommanditisten besprochen, so muß hier eines Falles gedacht

[24]) Staub § 172 Anm. 5; s. auch Goldmann § 172 Anm. 21; Ritter § 172 Anm. 6, der auch hier zwischen vorläufiger und endgültiger Rückzahlung unterscheidet.

[25]) s. § 172 Anm. 21.

[26]) s. Staub § 172 Anm. 6.

werden, wo der Kommanditist unbeschränkt mit seinem ganzen Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden in ihrer vollen Höhe haftet genau wie ein Komplementar. Hat nämlich die Gesellschaft unter Zustimmung des Kommanditisten ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des zuständigen Gerichts eingetragen war, so haftet der zustimmende Kommanditist für die bis zur Eintragung der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter. Doch auch hier besteht eine Ausnahme. Die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten kann ihm nämlich von einem Gläubiger nicht entgegengehalten werden, wenn dieser die Kommanditisteneigenschaft des betreffenden Gesellschafters kennt (§ 176 HGB.). Voraussetzung für die Haftung des Kommanditisten ist also, daß die Gesellschaft mit seiner Zustimmung ihre Geschäftstätigkeit vor ihrer Eintragung in das Handelsregister aufgenommen hat. Dazu gehört aber nicht notwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften, die im Verhältnis zu ihrem Gewerbe als Grundgeschäfte zu betrachten sind.[27]) Es genügen vielmehr beispielsweise schon vorbereitende Handlungen wie das Mieten eines Geschäftslokals, die Anschaffung von Maschinen, der Ankauf von Einrichtungsgegenständen und Vorräten, die Versendung von Preislisten, Proben usw. Man wird überhaupt schon dann, wenn die Gesellschaft die Absicht des Geschäftsbeginns unter Verwendung ihrer Firma durch Rundschreiben oder andere an das Publikum gerichtete Mitteilungen kundgibt, jede dieser Handlungen als Geschäftsbeginn betrachten müssen.[28]) Die zum Geschäftsbeginn erforderliche Zustimmung des Kommanditisten braucht dabei nicht ausdrücklich, expressis verbis, zu erfolgen. Der Kommanditist kann ebenso auch durch Stillschweigen oder durch konkludente Handlungen seine Zustimmung zu erkennen geben. Die Zustimmung wird, wie Goldmann[29]) erwähnt, „beispielsweise schon darin gefunden werden können, daß mit Kenntnis des Kommanditisten und ohne den Widerspruch desselben eine Wechselverbindlichkeit von der Kommanditgesellschaft unter deren Firma eingegangen wird, daß Zirkulare, Preislisten von der Kommanditgesellschaft unter der gemeinschaftlichen Firma versandt werden, ein Schild mit der gemeinschaftlichen Firma ausgehängt wird und dergl. (vergl. oben zu § 123 Ziff. 11; auch ROHG. 12, 410 411, 413).“ Daß schon in dem Abschluß eines Vertrags, in dem nicht vorgesehen ist, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte erst zu einem späteren Zeitpunkt aufnehmen soll, eine derartige Zustimmung des Kommanditisten liegen soll, wird von Staub[30]) ausdrücklich abgelehnt mit der Begründung, daß bei einer solchen Annahme die besondere Hervorhebung des Gesetzes, daß die Zustimmung erforderlich sei, keinen Sinn hätte und der dem Kommanditisten durch diese Bestimmung des § 176 HGB. gewährte Schutz hinfällig würde. Ist aber dem Gläubiger

[27]) Staub § 123 Anm. 15; Brand § 176 Anm. 2.
[28]) s. Curtius S. 38.
[29]) § 176 Anm. 8.
[30]) § 176 Anm. 1; auch Goldmann § 176 Anm. 8; a. M. Pfennig S. 88.

bekannt, daß der von ihm in Anspruch genommene Gesellschafter nur beschränkt haftet, also Kommanditist ist, so kann er ihn nicht auf Grund der Tatsache des Geschäftsbeginns vor Eintragung der Gesellschaft wie einen unbeschränkt haftenden Komplementar für Schulden der Gesellschaft heranziehen. Vollkommen gleichgültig ist es dabei, auf welche Weise der Gläubiger von der Tatsache der beschränkten Haftung des Kommanditisten Kenntnis erhalten hat, Voraussetzung ist hier nur die Kenntnis, gleichgültig woher. Notwendig ist auch nicht, daß dem Gläubiger die Höhe der Einlage des Kommanditisten bekannt ist (RG. 12, 135). „Allerdings ruht der Beweis dieser Kundbarmachung auf dem in Anspruch genommenen Kommanditisten und mißlingt diesem derselbe, so haftet er unbeschränkt, doch natürlich nur gegenüber demjenigen Gläubiger, welcher ihn in Anspruch nahm und gegenüber welchem ihm der Beweis mißlang."[31])

Keine Anwendung finden kann die Vorschrift des § 176 Abs. 1 HGB. jedoch bei Kommanditgesellschaften nach § 2 HGB.. Eine derartige Gesellschaft, die, wie schon früher einmal erwähnt, kein Handelsgewerbe gemäß § 1 HGB. betreibt, sondern irgend ein anderes gewerbliches Unternehmen, das aber nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, entsteht ja erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister als Handelsgesellschaft, hier also als Kommanditgesellschaft. Werden bei einer solchen Gesellschaft die Geschäfte schon vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister begonnen, so sind deshalb diese und die daraus entstehenden Rechtswirkungen eben nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gesellschaft nach § 705 ff. BGB. zu behandeln, da die handelsrechtlichen Bestimmungen auf sie noch nicht angewendet werden können.

Die Vorschrift des § 176 Abs. 1 HGB., die der Bestimmung des Art. 163 Abs. 3 des Allg. deutschen Handelsgesetzbuchs entspricht, begegnete in früherer Zeit den lebhaftesten Widersprüchen in der Literatur und wurde vielfach in schärfster Weise angegriffen und bekämpft. Dies zeigt sich klar, wenn man beispielsweise die Ansicht von Thöl[32]) darüber vernimmt, der in seinem Werk schreibt: „Durch diesen Satz ist der Kommanditist dem Komplementar preisgegeben, welcher die Eintragung verzögern kann, der Satz ist ein Todesstoß für die Kommanditgesellschaft." Doch erwähnt schon die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs,[33]) daß die Erfahrung die Unhaltbarkeit der geäußerten Besorgnisse gezeigt habe und sagt: „Wird die unbeschränkte Haftung von dem im Handelsgesetzbuche nicht ausdrücklich erwähnten Erfordernisse der Zustimmung des Kommanditisten zum Geschäftsbeginn abhängig gemacht, so kann in der Haftung eine unbillige Härte nicht gefunden werden; sie ist auch nicht zu entbehren, weil sie das wirksamste Mittel bildet, um die schleunige Eintragung in das Han-

[31]) Ehrenberg S. 332.
[32]) S. 354.
[33]) S. 117/118.

delsregister und hierdurch eine sichere Grundlage für das Verhältnis zu Dritten herbeizuführen."

Erwähnt werden müssen hier auch noch die Haftungsverhältnisse beim Eintritt eines Kommanditisten in eine bereits bestehende Handelsgesellschaft, wie sie sich nach den Bestimmungen der §§ 173 und 176 Abs. 2 HGB. ergeben. Nach diesen Gesetzesvorschriften haftet der in eine bereits bestehende Handelsgesellschaft eintretende Kommanditist für die zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft in entsprechender Anwendung des § 176 Abs. 1 HGB. unbeschränkt gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, soferne nicht der Gläubiger bei Abschluß des betreffenden Geschäfts davon Kenntnis hatte, daß der neueingetretene Gesellschafter sich nur als Kommanditist an dem Unternehmen beteiligt. Gleichgültig ist, ob der Gesellschafter in einer bereits bestehenden offenen Handelsgesellschaft oder in einer Kommanditgesellschaft als Kommanditist Aufnahme findet.[34]) Für die nach seiner Eintragung begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet er beschränkt als Kommanditist, ebenso aber auch für die vor seinem Eintritt entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten. „Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam." (§ 173 Abs. 2 HGB.).

V. Der Kommanditist bei Auflösung der Kommanditgesellschaft, sowie die sonstigen Beendigungsmöglichkeiten der Kommanditisteneigenschaft.

Um ein abschließendes Bild von der rechtlichen Stellung des Kommanditisten innerhalb der Kommanditgesellschaft zu gewinnen, ist es notwendig, in diesem letzten Kapitel noch die verschiedenen Möglichkeiten der Beendigung des Kommanditistenverhältnisses und deren Folgen zu besprechen. Als Veranlassung für die Beendigung können die verschiedenartigsten Gründe in Betracht kommen, die sowohl im Gesetz als auch im Gesellschaftsvertrag oder in der Person eines Gesellschafters ihre Ursache haben können. Dabei ist hauptsächlich zu unterscheiden zwischen zwei Hauptgruppen von Gründen für die Beendigung der Kommanditisteneigenschaft, nämlich solchen, die im Willensbereich des Kommanditisten selbst liegen, und solchen, die als Folge irgendeiner gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Bestimmung ohne Einwirkungsmöglichkeit seitens des Gesellschafters in die Erscheinung treten. Da das Gesetz in dem Abschnitt über die Kommanditgesellschaft außer der Vorschrift des § 177 HGB. keinerlei Bestimmung darüber getroffen hat, sind infolge der Vorschrift des § 161 Abs. 2 HGB. die einschlägigen für die offene Handelsgesellschaft erlassenen Vorschriften auch auf die Kommanditgesellschaft zur Anwendung zu bringen, soweit sie mit dem Wesen dieser Gesellschaft

[34]) s. Brand § 173 Anm. 1; Staub § 173 Anm. 1.

vereinbar sind. Zu bemerken ist auch, daß die Beendigung des Kommanditistenverhältnisses einerseits eine Folge der Auflösung der Kommanditgesellschaft selbst darstellen kann, während andererseits auch wieder die Gesellschaftsauflösung die Folge des Ausscheidens eines Kommanditisten sein kann. Da jedoch die Auflösung der Gesellschaft infolge des Ausscheidens eines Gesellschafters in vielen Fällen durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags verhindert werden kann, wird es sich, wie Staub [1]) ausdrücklich erwähnt, „meist empfehlen, bezüglich des Kommanditisten im Gesellschaftsvertrage eine entsprechende Bestimmung zu treffen, damit nicht durch solche Ereignisse, wenn sie sich in der Person des Kommanditisten ereignen, die Gesellschaft gesprengt werde. Der betreffenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages müssen auch die Kommanditisten zustimmen".

Hier sollen nun zunächst die Wege gezeigt werden, die es dem Kommanditisten ermöglichen, nach seinem Willen aus dem Gesellschaftsverband auszuscheiden.

Der erste Weg, der dem Gesellschafter zur Verfügung steht, das Gesellschaftsverhältnis zu lösen, besteht in der Möglichkeit der Kündigung der Gesellschaft. Dieses Recht steht dem Kommanditisten zu, ohne daß ein besonderer Grund vorzuliegen braucht. Dabei sind aber bezüglich der Kündigungsmöglichkeit zwei Arten von Gesellschaften wohl auseinanderzuhalten, nämlich solche, die für eine bestimmte Zeitdauer eingegangen wurden, wobei die Zeit nach dem Kalender oder einem bestimmten Ereignis bemessen sein kann, wie beispielsweise bis zur Aufhebung eines Einfuhrverbots oder bis zum Erlöschen eines Patents, und solchen, deren Vertrag keinen irgendwie bestimmten Endtermin vorsieht.[2]) Doch wird es in vielen Fällen Tatfrage sein, ob ein Vertrag als auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit geschlossen anzusehen ist.[3]) Das Gesetz selbst bestimmt in § 134 HGB., daß Gesellschaften, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen sind, oder nach dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt werden, den für eine unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften bezüglich der Kündigung seitens eines Gesellschafters gleichzustellen sind. Daß bei einer Gesellschaft, die vertraglich für eine bestimmte Zeit eingegangen wurde, eine Kündigung regelmäßig nicht in Frage kommen kann, ist selbstverständlich. Anders aber bei der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft. Hier kann jeder Gesellschafter zum Schluß eines Geschäftsjahres die Gesellschaft kündigen, jedoch muß die Kündigung mindestens 6 Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden (§ 132 HGB.). Ueber eine bestimmte Form der Kündigung ist im Gesetz keine Bestimmung getroffen; sie kann also, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag, wie es gewöhnlich der Fall ist, etwas Abweichendes bestimmt, in beliebiger Weise vorgenommen werden. Auch steht es dem Ge-

[1]) Anhang zu § 177 Anm. 8.
[2]) Brand § 131 Anm. 2a; Staub § 131 Anm. 5.
[3]) s. Staub § 132 Anm. 2.

sellschaftsvertrag frei, bezüglich der Kündigungsfrist anderes vorzuschreiben, als im Gesetz vorgesehen ist, nur darf dadurch das Kündigungsrecht des Gesellschafters nicht ausgeschlossen oder den gesetzlichen Vorschriften gegenüber beschränkt werden. Eine solche Vereinbarung wäre nichtig (§ 133 Abs. 3 HGB.). Hat ein Kommanditist die Gesellschaft gekündigt, so führt dies nach § 131 Nr. 6 HGB. die Auflösung der Gesellschaft herbei. Doch kann gemäß § 138 HGB. eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung die Auflösung verhindern, indem der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß in einem solchen Fall die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Es scheidet dann mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der kündende Gesellschafter aus der Gesellschaft aus.

Da es einem Gesellschafter aber in vielen Fällen nicht zugemutet werden kann, die sechsmonatige Kündigungsfrist einzuhalten, so bestimmt das Gesetz in § 133 Abs. 1 HGB., daß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes auch eine für eine bestimmte Dauer eingegangene Gesellschaft vor Ablauf der vorgesehenen Zeit ebenso wie eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft auf Antrag eines Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung aufgelöst werden kann. Die Erfordernisse für ein gerichtliches Eingreifen in die Gesellschaftsverhältnisse sind also ein Antrag eines Gesellschafters und das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Als solchen bezeichnet das Gesetz selbst in § 133 Abs. 2 HGB. beispielsweise vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung einer einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden wesentlichen Verpflichtung oder die Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Verpflichtung. Dieses Recht auf Auflösung der Gesellschaft muß seitens des Kommanditisten durch Klage gegen die übrigen Gesellschafter geltend gemacht werden. Um jedoch zu vermeiden, daß unter Umständen dem Kläger die Kosten des gerichtlichen Verfahrens auferlegt werden, wird es sich empfehlen, vor Einreichung der Klage an die übrigen Gesellschafter eine Aufforderung auf Auflösung der Gesellschaft aus den betreffenden Gründen ergehen zu lassen. Was noch den erforderlichen „wichtigen Grund" betrifft, ist zu sagen, daß die im Gesetz hervorgehobenen Gründe selbstverständlich nicht erschöpfend sind. Vielmehr steht es im freien richterlichen Ermessen, auch sonstige eingetretene Tatsachen als derartige wichtige Gründe anzusehen.[4]) Pfennig[5]) sagt beispielsweise: „Ob im Einzelfalle ein wichtiger Grund vorliegt, hängt davon ab, ob dem Gesellschafter das Verbleiben in der Gesellschaft billigerweise zugemutet werden kann oder nicht. Außer den in der Person eines Gesellschafters liegenden wichtigen Auflösungsgründen, sei es Unredlichkeit bei Geschäftsführung und Rechnungslegung, Mißbrauch

[4]) s. über diese ganze Frage die ausführlichen Darlegungen von Staub zu § 133; auch Knoke S. 105 ff. über die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht.

[5]) S. 103.

der Firma oder des Geschäftsvermögens, Verletzung des Konkurrenzverbotes, dauernder Unfleiß, ferner Unfähigkeit zur Besorgung der Geschäfte, Verlegung des Wohnsitzes, unverträgliches oder ehrloses Verhalten, gibt es andere, vor allem in den Verhältnissen der Gesellschaft selbst liegende, wichtige Gründe zur Auflösung der Gesellschaft. Hierher gehören vornehmlich alle von außen her eingreifenden Umstände, welche die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich machen, wie z. B. Ein- und Ausfuhrverbote, neue Erfindungen, unüberwindliche Konkurrenz, mangelnde Rentabilität des Unternehmens."

Sind sämtliche Gesellschafter damit einverstanden oder enthält der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Bestimung, so gibt es auch noch zwei weitere, einfachere Wege für den Kommanditisten, das Gesellschaftsverhältnis zu beenden und noch dazu ohne dadurch die für die Gesellschaft unangenehme Folge der Auflösung derselben herbeizuführen. Und zwar das Ausscheiden eines Gesellschafters auf sein Nachsuchen mit Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter und die Uebertragung der Gesellschaftsrechte auf einen Dritten, die natürlich auch nur im Einverständnis mit allen Gesellschaftern erfolgen kann. Während nun der erste Weg keinerlei Schwierigkeiten bietet, ist die Möglichkeit des zweiten stark bestritten. Da für die Beantwortung dieser Frage mangels einer besonderen Bestimmung des Handelsgesetzbuchs die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft herangezogen werden müssen und § 717 BGB. die Unübertragbarkeit der Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, festlegt, schließen viele Schriftsteller die Unübertragbarkeit der Gesellschaftsrechte aus dem angeblich zwingenden Charakter des genannten Paragraphen, der nicht nachgiebiges Recht enthalte und infolgedessen auch nicht einer Abänderung durch den Gesellschaftsvertrag unterliege. Auch Staub [6]) sagt: „Es ist eine Streitfrage, ob die Vorschrift des § 717 BGB. derartig nachgiebigen Rechts ist, als durch den Gesellschaftsvertrag auch die Gesellschaftsrechte übertragbar gemacht werden können (dafür RGR.-Komm. Bem. 4, dagegen Staudinger Anm. 5 und die dort Angef.)", verwirft die Ansicht aber gleichzeitig für die offene Handelsgesellschaft, da sie „dem Begriff und der innigen persönlichen Bindung der Personenvereinigung" widerspreche.[7]) Für die Kommanditgesellschaft jedoch gibt auch er die Möglichkeit einer derartigen Uebertragung mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zu und spricht dabei von einer „Abtretung der Mitgliedschaft".[8]) Diese Ansicht allein wird dem Wesen der Kommanditgesellschaft und der rein kapitalistischen Beteiligung des Kommanditisten gerecht. Auch Brand [9])

---

[6]) § 109 Anm. 17 a.

[7]) Staub a. a. O.

[8]) Staub § 173 Anm. 1.

[9]) § 105 Anm. 8 C I d; Brand erkennt diese Möglichkeit auch für die offene Handelsgesellschaft an.

spricht sich dahin aus, daß die gesetzliche Unübertragbarkeit der Ansprüche durch die Zustimmung der übrigen Gesellschafter beseitigt werden könne. Nach ihm können die Gesellschafter sogar im Voraus ihre Zustimmung zur Uebertragung höchstpersönlicher Gesellschaftsrechte geben. Nach Dür.-Hach.[10]) kann schon der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschaftsanteile beliebig übertragbar sein sollen. Was die Zustimmung der Mitgesellschafter betrifft, so ist nicht unbedingt das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter erforderlich, vielmehr kann durch den Gesellschaftsvertrag Anderweitiges gemäß § 119 HGB. vorgeschrieben sein, beispielsweise kann die Genehmigung des Komplementars oder bei einer Mehrheit von Kommanditisten die Zustimmung der Majorität derselben verlangt sein. Einer Form bedarf die Uebertragung der Kommanditanteile nicht. Gleichgültig ist auch, an wen die Abtretung erfolgt. Wer die Mitgliedschaft übertragen erhält, tritt damit mangels einer anderen Vereinbarung in die sämtlichen Rechte und Pflichten des ausscheidenden Gesellschafters als Kommanditist ein. Nur wenn die Abtretung an einen Komplementar erfolgt, der ohnehin mit seinem ganzen Vermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet, kann dieser natürlich nicht in dieser seiner Eigenschaft gleichzeitig noch die Stellung eines beschränkt haftenden Kommanditisten einnehmen. Vielmehr wird in einem solchen Falle im Innenverhältnis nur der Anteil desselben am Gesellschaftsvermögen, sowie Gewinn und Verlust durch den Anteil des Kommanditisten vermehrt, während nach außenhin der ausscheidende Kommanditist wegfällt.[11]). Alle diese Veränderungen sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Anmeldungspflichtig sind sämtliche Gesellschafter und zwar auch der Ausscheidende, wie besonders hervorgehoben werden soll.

Scheidet der Kommanditist aus der Gesellschaft aus, ohne daß seine Gesellschafterrechte auf einen anderen übergehen, so muß sich die Gesellschaft mit ihm auseinandersetzen. Dies geschieht auf Grund einer für den Zeitpunkt des Ausscheidens des Kommanditisten errichteten Bilanz. Für die Ansprüche sowohl des ausscheidenden Gesellschafters als auch der Kommanditgesellschaft sind die §§ 738 bis 740 BGB. maßgebend. Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen wächst den verbleibenden Gesellschaftern zu. Der ausscheidende Gesellschafter dagegen hat ein Recht auf Rückerstattung aller Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, wobei er jedoch für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand nicht Ersatz verlangen kann (§ 738 mit 732 BGB.). Der Ausscheidende hat weiterhin einen Anspruch auf Befreiung von gemeinschaftlichen Schulden und Zahlung einer Abfindungssumme, die sich nach dem Auseinandersetzungsguthaben bestimmt, das dem ausscheidenden Gesellschafter zukommen würde, wenn die Gesellschaft in dem Zeitpunkt seines Ausscheidens

---

[10]) S. 792/793 Vorbem. Anm. 3.
[11]) s. Staub § 173 Anm. 1.

aufgelöst worden wäre.[12]) Sind zur Zeit des Ausscheidens des Kommanditisten noch Gesellschaftsgeschäfte in der Schwebe, so nimmt der Ausgeschiedene an dem Gewinn und Verlust dieser Geschäfte noch teil. Er kann auch am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen. Auf die Erledigung dieser schwebenden Geschäfte hat der Ausgeschiedene jedoch keinerlei Einfluß, die übrigbleibenden Gesellschafter sind (selbstverständlich entsprechend ihrer Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis) berechtigt, die Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint (§ 740 BGB).

Damit sind die Möglichkeiten des Ausscheidens eines Kommanditisten erschöpft, soweit sie seinem Willen unterliegen. Es sind nun noch die Gründe zu betrachten, die das Ausscheiden des Gesellschafters zwangsläufig herbeiführen. Als wichtigster Umstand dafür kommt wohl die Tatsache der Auflösung der Gesellschaft in Betracht. Was die Veranlassung hierzu sein kann, ist in § 131 HGB. aufgezählt. Auflösungsgründe sind darnach die Beendigung der Zeit, wenn eine Gesellschaft für eine bestimmte Dauer eingegangen wurde (§ 131 Nr. 1 HGB.), ein auf Auflösung lautender Gesellschaftsbeschluß, der nach den Grundsätzen des § 119 HGB. gefaßt sein muß (§ 131 Nr. 2 HGB.), dann die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft (§ 131 Nr. 3 HGB.) oder eines einzelnen Gesellschafters (§ 131 Nr. 5 HGB.) und zwar auch des Kommanditisten, sowie Kündigung und gerichtliche Entscheidung (§ 131 Nr. 6 HGB.). Der Tod eines Kommanditisten ist für die Kommanditgesellschaft kein Auflösungsgrund, wie ausdrücklich in § 177 festgelegt ist. Vielmehr treten in diesem Falle, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Anderes anordnet, die Erben des Verstorbenen in seine Rechte und Pflichten ein, jedoch nur die wirklichen Erben, welche als allgemeine Rechtsnachfolger des Kommanditisten zu betrachten sind, nicht auch Vermächtnisnehmer.[13]) Dabei soll auch hier nochmals bemerkt werden, daß mehrere Erben nicht als Erbengemeinschaft, sondern einzeln Kommanditisten werden, und auch als solche zum Handelsregister anzumelden sind.[14]) Es steht aber im Ermessen der Gesellschafter, im Gesellschaftsvertrage festzulegen, daß im Falle des Todes eines Kommanditisten seine Erben ausscheiden und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Die Anwendung des § 139 HGB. ist beim Tod eines Kommanditisten auf alle Fälle ausgeschlossen. Hervorzuheben ist noch, daß die Auflösung einer Gesellschaft, die als Kommanditistin beteiligt ist, nicht dem Tod einer natürlichen Person gleichzustellen ist; „denn Auflösung ist bei der

---

[12]) s. dazu die ausführlichen Darlegungen von Staub, Anhang zu § 141 und Brand § 138 Anm. 6.

[13]) s. Staub § 177 Anm. 1.

[14]) Staub § 177 Anm. 1, § 161 Anm. 6; s. auch Goldmann § 177 Anm. 11; Makower § 177 Anm. II b; Ritter § 177 Anm. 1.

Handelsgesellschaft nicht Untergang. Beteiligt bleibt vielmehr die Gesellschaft auch nach ihrer sogenannten Auflösung solange, bis die Kommanditgesellschaft sich mit ihr auseinandergesetzt hat, oder sie ihren Kommanditanteil in zulässiger Weise veräußert (vgl. Behrend § 94 Anm. 3; KGJ. 14, 53)."[15])

Wird die Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, so bedeutet auch das nur eine Auflösung nach der produktiven Seite hin, für das Konkursverfahren gilt sie als fortbestehend, bis die Auseinandersetzung beendet ist. Wie Mentzel in seinem Kommentar zur Konkursordnung darlegt, findet der Fortbestand der Kommanditgesellschaft wie der der offenen Handelsgesellschaft seinen Grund in der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens und folge auch daraus, „daß die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen können, wenn der Konkurs nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners (§ 202) eingestellt ist."[16]) Als Konkursgrund kommt für die Kommanditgesellschaft nur Zahlungsunfähigkeit in Frage (§ 210 Abs. 2 KO.). Da die Kommanditgesellschaft aber nicht juristische Person ist, kann auch nicht sie Gemeinschuldnerin sein, sondern Gemeinschuldner sind vielmehr die persönlich haftenden Gesellschafter. Nicht aber auch die Kommanditisten.[17]) „Die Liquidatoren dagegen sind nicht Gemeinschuldner; denn sie haften nicht mit ihrem Vermögen für die Gesellschaftsschulden, sondern sie sind nur Vertreter der Gemeinschuldner."[18]) Die Liquidatoren sind auch ebenso wie die Kommanditisten nicht berechtigt, einen Zwangsvergleich vorzuschlagen und zwar auch nicht, wenn sich die Gesellschaft im Liquidationszustand befindet, sondern dazu ist einzig und allein die Gesamtheit der Komplementare in der Lage.[19]) Bestritten ist, wie ein abgeschlossener Zwangsvergleich auf die Haftung der Kommanditisten bezüglich ihrer noch rückständigen Einlage wirkt. Mentzel[20]) ist der Ansicht, daß der Kommanditist auch über den Zwangsvergleich hinaus von den Gläubigern der Gesellschaft bis zur vollen Höhe seiner noch rückständigen Einlage herangezogen werden kann, während Staub,[21]) der sich auf Jaeger[22]) beruft, die Anschauung vertritt, daß ein abgeschlossener Zwangsvergleich auch den Kommanditisten bezüglich ihrer rückständigen Einlage zugute komme. Beizustimmen ist aber doch wohl der vorhergenannten Ansicht, da der Zwangsvergleich nur die Haftung des Gemeinschuldners beschränkt, mit dem der Kommanditist aber nicht identisch ist.[23]) Dre Kommanditist kann als Gesellschafter im Kon-

---

[15]) Staub § 177 Anm. 3; s. auch Brand § 177 Anm. 2 c δ.

[16]) § 209 Anm. 2 S. 547.

[17]) Mentzel a. a. O.; s. dazu auch Staub, Anhang zu § 177 Anm. 1.

[18]) s. Mentzel a. a. O.

[19]) s. Mentzel § 211 Anm. 1 S. 550; a. M. Curtius S. 75.

[20]) § 211 Anm. 2 S. 551.

[21]) Anhang zu § 177 Anm. 1.

[22]) § 211 Anm. 4.

[23]) s. auch R.G. 92, 193.

kurse seine gesellschaftlichen Ansprüche, und zwar sowohl die Einlage wie auch ein Auseinandersetzungsguthaben als Konkursforderung nicht geltend machen. Fällt dagegen die Gesellschaft „nach dem Austritt eines Gesellschafters in Konkurs, so ist dessen Anspruch auf Auszahlung seines aktiven Kapitalanteils Konkursforderung; umgekehrt zählt der Anspruch der Gesellschaft auf Einzahlung seines passiven Kapitalanteils zu den Aktiven der Konkursmasse.“ [24])

Bildet den Auflösungsgrund für die Gesellschaft die Konkurseröffnung über das Vermögen eines ihrer Gesellschafter, gleichgültig, ob Komplementar oder Kommanditist, und enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung darüber, daß die Gesellschaft in einem solchen Falle unter den übrigbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werden soll, wie dies nach § 138 HGB. möglich ist, so können die Gesellschafter auch nachträglich noch einen derartigen Beschluß fassen, um die Auflösung der Gesellschaft zu verhindern, wenn dies in ihrer Absicht liegt. Der Beschluß ist von sämtlichen Gesellschaftern mit Ausnahme des in Konkurs geratenen Gesellschafters zu fassen. Der Gemeinschuldner gilt dann mit der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen als ausgeschieden (§ 141 Abs. 2 HGB.).

Aehnlich verhält es sich, wenn ein Privatgläubiger eines Gesellschafters auf Grund der Bestimmung des § 135 HGB. die Gesellschaft sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigt. Auch hier können die Gesellschafter noch nachträglich die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigbleibenden Gesellschaftern beschließen und dies dem Gläubiger erklären. Die Folge davon ist, daß der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft ausscheidet (§ 141 Abs. 1 HGB.). Ist jedoch ein Gesellschafter Privatgläubiger eines seiner Mitgesellschafter, so kann er nicht nach § 135 HGB., sondern nur nach den §§ 132, 133 HGB. gegen seinen Schuldner vorgehen. „Dies ist praktisch wichtig bei Gesellschaften für bestimmte Dauer. Indem der Gesellschafter sich für eine bestimmte Zeit gebunden hat, darf er nicht, sich auf seine Eigenschaft als Privatgläubiger stützend, das Verhältnis lösen. Wohl aber kann unter Umständen in der Zahlungsunfähigkeit des Mitgesellschafters ein das Vorgehen nach § 133 rechtfertigender Grund erblickt werden.“ [25])

In allen diesen Fällen aber hat, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird, eine Auseinandersetzung stattzufinden, soweit nicht der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist. Die regelmäßige Folge der Auflösung ist die Liquidation, die nur unterbleiben darf, wenn eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder eben über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist (§ 145 Abs. 1 HGB.). Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesell-

[24]) Cosack S. 695.
[25]) Lehmann-Ring § 135 Nr. 3 S. 294.

schafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben (§ 145 Abs. 2 HGB.). Der Inhalt der Liquidation besteht nach Staub[26]) darin, „daß eine Abwicklung gewählt wird, bei der für gemeinschaftliche Rechnung und im gemeinsamen Namen die laufenden Geschäfte beendigt, die Verpflichtungen der Gesellschaft erfüllt, deren Forderungen eingezogen und das Vermögen der Gesellschaft versilbert und verteilt wird (§ 149)." Die Liquidation erfolgt, soferne sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren, also auch durch die Kommanditisten, da nirgends Gegenteiliges bestimmt ist. Die dabei zu beachtenden gesetzlichen Vorschriften sind enthalten in den §§ 145 bis 158 HGB., die entsprechende Anwendung finden müssen.

Wie bei der vorzeitigen Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter nach § 133 HGB. können die Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch anstatt auf Auflösung der Gesellschaft auf Ausschließung des Gesellschafters, in dessen Person die Gründe eingetreten sind, gemäß § 140 HGB. klagen. Möglich ist aber nur eine gänzliche Ausschließung des Kommanditisten; Fälle, in denen die Ausschließung mit einem Teile der Einlage gerechtfertigt wäre, sind schwerlich denkbar.[27]) Für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkt maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist (§ 140 Abs. 2 HGB.). Die Gründe stimmen mit den zu § 133 HGB. genannten überein.

Erwähnt werden soll noch § 142 HGB., der für Gesellschaften mit zwei Gesellschaftern, also einem Komplementar und einem Kommanditisten zur Anwendung kommt und zwar sowohl zugunsten des einen wie des anderen.[28]) Darnach aber kann, wenn in der Person des einen von beiden die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der betreffende Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Uebernimmt der Kommanditist das Geschäft, so wird er dadurch Einzelkaufmann mit allen Rechten und Pflichten desselben. Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von dem ihm nach § 135 HGB. zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch, oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen. Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

---

[26]) § 145 Anm. 2.
[27]) s. Behrend § 90 Anm. 4 S. 648.
[28]) R.G. 82, 362.

Als Letztes soll noch erwähnt werden, daß Geschäftsunfähigkeit eines Kommanditisten die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge hat, weil auch die Geschäftsunfähigkeit eines offenen Handelsgesellschafters die Gesellschaft nicht auflöst.[29] Gareis sagt dazu in seinem Lehrbuch,[30] daß die rein kapitalistische Beteiligung des Kommanditisten die Persönlichkeit desselben vermutungsweise so gleichgültig erscheinen lasse, daß bei ihm eintretende Geschäftsunfähigkeit die Gesellschaft ebenso wenig in ihrer Existenz zu berühren brauche wie sein Tod.

---

[29]) Denkschrift S. 119.
[30]) § 30 V S. 197.